

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Alexandra Battistella Viau

OS EFEITOS JURÍDICOS DO DESVIO DE FUNÇÃO

PORTO ALEGRE

2018

ALEXANDRA BATTISTELLA VIAU

OS EFEITOS JURÍDICOS DO DESVIO DE FUNÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Orientador: Professor Doutor Rafael Da
Cás Maffini

PORTO ALEGRE

2018

ALEXANDRA BATTISTELLA VIAU

OS EFEITOS JURÍDICOS DO DESVIO DE FUNÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Orientador: Professor Doutor Rafael Da
Cás Maffini

Aprovada em 06 de julho de 2018

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini

Orientador

Professor Alessandro Geremia

Professor Rodrigo Führ de Oliveira

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família. À minha mãe, pelo zelo e dedicação em facilitar minha rotina de todas as maneiras possíveis nesta reta final. Teu carinho é transmitido, acima de tudo, por meio das tuas atitudes. Tenho certeza de que em um universo paralelo tu tens a filha organizada e dedicada que mereces. Ao meu pai, pela constante preocupação, pelo carinho e por sempre saber como me tirar um sorriso. Aos meus irmãos, meus companheiros de vida, sempre presentes nos momentos bons e naqueles não tão bons também.

Às e aos colegas, amigas e amigos, por todo o apoio e torcida, e, principalmente, por serem compreensivos com as ausências e, até mesmo, com a instabilidade psicológica, decorrentes da feitura deste trabalho. Saber da confiança que depositam em mim me motiva.

Aos amigos e às amigas, em especial, que compartilharam das dores e sabores do último semestre. O apoio mútuo, a compreensão, o estímulo e incentivo diário, a preocupação e a solicitude demonstrados mais uma vez me comprovaram que o que temos de mais importante para alcançar nossos objetivos são aqueles que estão ao nosso lado durante a trajetória. Nada teria sido igual sem vocês.

Todos vocês foram, cada um à sua maneira, essenciais para que este trabalho fosse concluído.

RESUMO

Na Administração Pública brasileira, os cargos públicos são definidos por lei própria, os estatutos. Neles estarão contidas as atribuições, remunerações, critérios para investidura, entre outros aspectos pertinentes ao cargo. Para seu provimento, deve ser realizado prévio concurso público, onde serão aferidas as capacidades dos candidatos, regendo-se pelos princípios da legalidade e da impessoalidade. Uma vez investido em cargo público, não é admitido ao servidor público o exercício de funções que não aquelas atribuídas ao seu cargo de origem. Quando verificado que um servidor exerça de forma regular funções típicas de determinado cargo que sejam distintas daquelas atribuídas ao cargo para o qual tenha sido nomeado, caracteriza-se o desvio de função. Na jurisprudência se encontram melhor definidos os critérios para esta aferição. Uma vez caracterizado, cabe a análise de quais seriam os efeitos jurídicos do desvio de função. Não se encontra na doutrina atual muito a ser aclarado acerca do assunto, devendo se buscar na jurisprudência as respostas quanto ao tema. Nas cortes brasileiras, está consolidado que, reconhecido o desvio de função, não há a possibilidade de reenquadramento do servidor no cargo para o qual desviado, sob pena de se ferir o comando constitucional da exigibilidade de concurso público para acesso a cargos. Contudo, isto não retira do servidor o direito ao recebimento das diferenças pecuniárias decorrentes da irregularidade, a título de indenização, sob pena de locupletamento ilícito da Administração e afronta ao princípio da isonomia.

Palavras-chave: Servidor público. Desvio de função. Efeitos jurídicos. Reenquadramento. Indenizações pecuniárias.

ABSTRACT

In the Brazilian public administration, there are laws that predict the public functions. Aspects as the assignments and remuneration of the civil servant will be found on those laws. For someone to hold a public function is necessary to apply for, as says so the Federal Constitution. As a civil servant is not possible to play different functions not that the one the civilian applied for. If that happens will be characterized what can be called function deviation. When characterized, is relevant to analyze the effects of it. There are not a lot about this subject at the Brazilian doctrine, so is necessary to look for answers about it in the jurisprudence. By doing it, is easy to conclude that the Brazilian courts are deciding that, if recognized the function deviation, there is not the possibility to let the civil servant assume legally the function that he has been playing as a deviation. However, is understood that the civil servant must receive the differences between his original remuneration and the remuneration of the deviation public function.

Key words: Civil servant.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O QUE É DESVIO DE FUNÇÃO?	10
2.1	Aspectos gerais da estrutura administrativa	10
2.1.1	<i>Dos princípios da legalidade e da finalidade como norte da Administração Pública</i>	10
2.1.2	<i>As competências públicas inseridas na estrutura administrativa</i>	13
2.1.3	<i>Os servidores públicos como categoria de agentes</i>	15
2.2	Caracterização do desvio de função	19
2.2.1	<i>Da necessidade de concurso público para investidura em cargo</i>	19
2.2.2	<i>Verificação do desvio de função no caso concreto</i>	22
3	O QUE DECORRE DO DESVIO DE FUNÇÃO?	31
3.1	Questões atinentes à (im)possibilidade de reenquadramento	31
3.1.1	<i>Do entendimento do STF acerca do tema</i>	31
3.1.2	<i>Conflito entre interesses públicos no contexto da convalidação do desvio de função</i>	35
3.1.3	<i>Casos peculiares: aparente readaptação funcional e servidor com o nível superior exigido pelo cargo paradigma</i>	38
3.2	Do direito ao recebimento de indenizações pela ocorrência do desvio de função	40
3.2.1	<i>O princípio da isonomia no estabelecimento da remuneração dos cargos públicos</i>	41
3.2.2	<i>O pagamento das diferenças remuneratórias aos servidores em desvio</i>	42
3.2.3	<i>O dever de pagamento das diferenças remuneratórias pela Administração sob pena de locupletamento ilícito</i>	46
3.2.4	<i>Considerações acerca do pagamento das indenizações: vantagens pecuniárias, progressão funcional e prescrição</i>	48
4	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

À luz do princípio da legalidade, os vínculos de trabalho no âmbito da Administração Pública são determinados por lei, de onde deverão emanar as formas de surgimento, de transformação e de extinção deste tipo de relação. Neste sentido, os cargos públicos, os quais, por força de norma constitucional, devem ser providos necessariamente por meio de concurso público, possuem características como atribuições e remuneração todas previstas em legislação própria para tanto - os chamados estatutos. Neles também estarão contidos os requisitos para investidura no cargo, que levarão em conta, justamente, as competências que serão atribuídas àquele que vier a prover o cargo público e que deverão ser verificados durante a submissão ao certame público.

A partir daí, definidas as funções que deverá exercer o servidor público, estarão definitivamente vinculados um ao outro - funções e servidor -, sendo que a única possibilidade de alteração será a nova aprovação em concurso público para cargo distinto daquele em que primariamente investido o servidor. Isto, pois, em que pese em certa medida inserida no âmbito do juízo de conveniência da Administração Pública a movimentação do servidor, seus direitos e deveres deverão sempre ser aqueles inerentes ao cargo no qual foi investido. Então, não se pode admitir, sob a justificativa que seja, que um servidor exerça de forma regular funções típicas de determinado cargo que sejam distintas daquelas atribuídas ao cargo para o qual tenha sido nomeado. Quando observada e comprovada tal situação, verifica-se a caracterização do desvio de função.

Deste cenário, extrai-se que não há previsão para a mudança das atribuições a que submetido à prática o servidor público - pelo contrário: o que se dá é a vedação a este tipo de conduta dentro da Administração Pública. Uma vez caracterizado o desvio, o correto é que se tomem as medidas administrativas ou judiciais para que se corrija dita ilegalidade.

Ocorre, porém, que os desvios de função envolvem questões atinentes à necessidade da Administração em suprir determinado vazio dentro de sua estrutura, ademais de, por vezes, ser do interesse do servidor se dedicar a atividades de maior exigência intelectual e, portanto, mais estimulantes, englobando, ainda, as diferenças entre a remuneração do cargo de origem e o de exercício de fato do servidor em desvio. Questões estas que suscitam a indagação de se haveria de ser

reconhecido ao servidor desviante direitos decorrentes do desvio e, se sim, quais seriam estes direitos.

Não se encontra na doutrina atual muito a ser aclarado acerca do assunto. Quando mencionado, em regra, o desvio de função é apenas indicado como o exercício de funções compatíveis com cargo público diverso daquele em que o servidor público em questão haja sido investido. Para mais, apenas especificações que dizem respeito às formas de provimento em cargos públicos e a vedação a determinados provimentos derivados, decorrentes da previsão do art. 37, II, da Constituição Federal, o qual impõe que a investidura em cargo público seja precedida de aprovação em concurso. Menos ainda se tem publicado sobre os efeitos decorrentes do desvio de função, tanto em relação ao servidor quanto à Administração.

Busca-se, então, amparo na jurisprudência para que sejam sanadas as dúvidas pertinentes ao tema. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem diversos julgados tratando do desvio de função e seus efeitos jurídicos; já os tribunais regionais dispõem de maneira mais aprofundada sobre as hipóteses, fundadas em casos concretos, em que há de se reconhecer a caracterização do desvio de função. A partir da larga discussão jurisdicional, foram, inclusive, editadas súmulas de forma a sedimentar o entendimento das cortes a fim de que se decida mais uniformemente as lides envolvendo este tema, que aparenta não possuir critérios e contornos bem delimitados.

Logo, carece a doutrina brasileira de dissertações que compilem o que vem entendendo a jurisprudência no que tange aos efeitos jurídicos do desvio de função, bem como que exponha de maneira sucinta os critérios a serem avaliados para que caracterizada a anomalia funcional em comento. Objetiva-se, aqui, não apenas estudar o que fundamenta referidos efeitos, mas, em especial, reunir os pontos do conteúdo que mais se destacam, em conformidade ao que se aplica nas decisões judiciais brasileiras.

Para isto, são abordados no primeiro capítulo alguns dos aspectos gerais da Administração Pública e que guardam pertinência à matéria, tais como dois de seus princípios norteadores (o da legalidade e da finalidade), as características da distribuição de competências administrativas, além da definição de conceitos que circundam os seus agentes mais importantes, os servidores públicos. Nestes tópicos

do trabalho, fez-se uso de entendimento doutrinário de expressivo reconhecimento nacional, à guisa de se refletir a credibilidade do que exposto.

Os componentes da Administração trabalhados na primeira parte do capítulo inicial auxiliam a se chegar à exposição da fundamentação legal e principiológica para a exigência de aprovação em concurso público para a investidura em cargo. A seguir, intenta-se definir os critérios para o reconhecimento do desvio de função em casos factuais, trazidos à baila por meio de jurisprudência. A corte utilizada para a realização desta análise foi o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, escolhido pois, dada a necessidade de delimitação da pesquisa, pareceu de maior pertinência uma vez considerado o aspecto territorial em que se deu a produção deste trabalho.

No segundo capítulo, adentra-se, finalmente, à discussão central aqui proposta: os efeitos jurídicos decorrentes do desvio de função no âmbito da Administração Pública. Este segmento é subdividido entre as duas questões mais relevantes ao tema, a possibilidade do reenquadramento do servidor em desvio e o dever da Administração de indenizá-lo com parcelas correspondentes às diferenças de remuneração entre os cargos de origem e o paradigma. Sobre o reenquadramento, é abordado o entendimento do Supremo Tribunal Federal através dos anos em paralelo à transição entre as Constituições Federais de 1967 e 1988, os conflitos entre interesses da própria Administração - gerados em meio à discussão acerca da possibilidade de reenquadramento-, bem como casos peculiares que se destacam na jurisprudência.

Já quanto às diferenças entre a remuneração do cargo paradigma e o de origem, é exposta a relevância do princípio da isonomia na definição da remuneração de cargo público, gerando no servidor em desvio o direito do recebimento de referidas diferenças em caráter indenizatório. É ressaltado, por fim, que o pagamento devido pela Administração nestes casos deve ocorrer sob pena de seu locupletamento ilícito. Para este capítulo, em que pese predominantemente elaborado a partir da jurisprudência (tanto do STF e STJ, quanto do TRF4), foram realizadas ambas as pesquisas: doutrinária e jurisprudencial.

Buscou-se estruturar o trabalho de forma a ressaltar os pontos mais interessantes à matéria e mais convidativos à leitura, sendo este tema de enorme pertinência à vida cotidiana daqueles que lidam com a Administração Pública, posto que matéria constante e recorrente em lides do Direito Público.

2 O QUE É DESVIO DE FUNÇÃO?

Em que pese a enorme complexidade administrativa, fato é que se tem por fundamento a legalidade, base para qualquer desdobramento interno das funções administrativas. A estrutura da Administração Pública brasileira, organizada por meio de competências públicas distribuídas entre seus agentes, possui características muito próprias, as quais se fazem pertinentes introduzir, mesmo que de maneira geral.

Assim, isto se faz necessário para que se possa expor devidamente a questão do desvio de função dentro da Administração. Ficará clara, ao longo deste trabalho, a existência de diversas nuances na definição do desvio, ademais das peculiaridades para que efetivamente caracterizada tal anomalia legal.

2.1 Aspectos gerais da estrutura administrativa

Para a maior e mais fácil compreensão do que caracteriza o desvio de função, assim como do que dele decorre, é cabível que se discorra de maneira sucinta acerca dos aspectos mais gerais da Administração Pública, passando por dois de seus princípios norteadores (da legalidade e da finalidade), pelas competências públicas e, por fim, abordando-se o conceito de servidores públicos dentro da concepção geral dos agentes públicos.

2.1.1 *Dos princípios da legalidade e da finalidade como norte da Administração Pública*

A Constituição Federal prevê, em seu Art. 37, cinco dos princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Quiçá o que mereça maior destaque seja o da legalidade, dado que, como pontua Bandeira de Mello¹, este princípio é específico do Estado de Direito, sendo o que lhe qualifica e dá identidade própria, de forma que é considerado basilar para o regime jurídico-administrativo. Isto porque implica na máxima de que a atividade do administrador apenas é legítima se estiver condizente com o disposto na lei². No aspecto político, serve para que, por meio das normas da Administração, sejam freados favoritismos,

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 103.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 20.

desmandos e perseguições, que ultrapassariam a discricionariedade que é eventualmente atribuída à Administração.

O princípio da legalidade busca, então, imprimir um sentido de certeza jurídica e limitação do poder administrativo³, devendo sua compreensão, segundo a doutrina moderna, abranger a observância não apenas da lei formal, votada pelo legislativo, mas também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito e dos demais fundamentos e princípios da base constitucional, induzindo que a Administração cumpra as normas que ela própria editou⁴.

É, desta forma, uma garantia de respeito aos direitos individuais, limitando a intervenção administrativa nestes, dado que a atuação estatal busca sempre proteger os interesses da coletividade em detrimento dos particulares⁵. Ademais, do princípio da legalidade, sob sua perspectiva de reserva legal, extrai-se que a Administração Pública não pode, por meio de ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, já que depende, para tanto, da lei⁶. Neste contexto, não se pode deixar de recordar a lição de Hely Lopes Meirelles⁷: "na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

É possível verificar o reflexo deste preceito em diversos aspectos do Direito Administrativo, pois, como já mencionado, trata-se de conceito elementar para a construção do Estado de Direito tal o qual conhecemos.

Nesta vertente, inerente ao princípio da legalidade, está o da finalidade, sendo este consequência daquele, e que implica na aplicação da lei de acordo com o objetivo com que foi editada. Conduta em sentido diverso resultaria em desvirtuação da lei, já que não se pode deixar de atender ao *fim* legal pela qual foi criada, sob pena de nulidade do ato que incorrer em dito desvio⁸.

³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

⁴ *Ibidem*, p. 150

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64.

⁶ *Ibidem*, p. 65.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 109.

Na atividade administrativa, em maior plano, este fim legal está sempre atrelado ao interesse público, não se vinculando a eventuais conveniências particulares daqueles envolvidos na estrutura da Administração Pública. Não por acaso o princípio da finalidade é também chamado princípio da supremacia do interesse público, sendo que este deve se fazer presente tanto na elaboração da lei, quanto em sua execução. Justamente por ter o interesse público como norteador de sua atuação, a Administração é compelida a praticar atos em estrita consonância à previsão legal⁹, ou seja, respeitando o princípio da legalidade.

Ao dar poderes à Administração, no sentido de intervir, policiar, punir, a lei visa a atender ao interesse geral, não podendo ceder ao individual¹⁰, o que acabaria por implicar em evidente desvio de finalidade. Não se pode ter como destinatário da atividade administrativa o indivíduo em si, mas sim o grupo social como um todo¹¹, devendo-se manter sempre a primazia pelo bem-estar coletivo, o que deve estar refletido nas normas que orientam o Poder Público. É de se frisar, uma vez mais, que o interesse público está vinculado à coletividade, e não, portanto, aos interesses fazendários, de autoridades ou partidos políticos¹².

Entretanto, há que se atentar, também, ao fim específico que cada lei guarda em si, para além da finalidade pública. Isto, pois não basta que esta seja atendida como aspecto mais genérico; faz-se necessário que cada lei tenha seu objetivo individual respeitado, considerando ser esta a razão de sua edição. O fim da lei serve como limite à atuação administrativa, sendo que quando tal limite é excedido, qualifica-se o abuso de poder do Estado¹³.

Ademais das implicações óbvias destes princípios na Administração Pública - a submissão do Estado à lei e à finalidade dela -, deles decorre também a limitação dos agentes administrativos, que deverão agir (ou deixar de agir) conforme determinação prévia, nas constrições lançadas na lei.

Tal assertiva abrange todos os agentes, passando pelas diversas ramificações da organização administrativa, desde o próprio Estado, até as pessoas

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33.

¹² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Opus Citatum*, p. 48.

por ele criadas a fim de cumprirem atividades que lhe seriam próprias e que descentralizam seu poder.

2.1.2 As competências públicas inseridas na estrutura administrativa

Na composição de referidas pessoas, encontram-se os órgãos públicos, que não possuem personalidade jurídica própria, não se confundindo, então, com as pessoas jurídicas, já que são apenas uma de suas parcelas integrantes¹⁴. São os órgãos, pois, entidades reais, mas abstratas - sem vontade nem ação-, não passando de simples repartições de atribuições¹⁵, congregando as funções que os agentes públicos irão exercer¹⁶.

O Estado é composto de inúmeras destas repartições internas, ou seja, de órgãos públicos, que estão localizadas entre as pessoas jurídicas ligadas à Administração e os seus agentes¹⁷.

Como é possível extrair de ditas características, os órgãos públicos são impedidos de possuir direitos e obrigações, os quais, justamente, compõem as competências públicas, melhor descritas, na lição de Bandeira de Mello, como *deveres-poderes*¹⁸. Em decorrência disto, são os agentes públicos que integrarão as relações entre os órgãos, já que são os titulares das competências a estes atribuídas. Agentes públicos são tidos como veículos de expressão do Estado¹⁹, pois concretizam suas atribuições e a ele imputam suas ações.

Nada mais são as competências públicas do que os deveres-poderes delegados àqueles que integram a estrutura da Administração visando a satisfazer determinadas finalidades previstas por lei²⁰. O exercício dos deveres-poderes, então, não é livre, estando condicionado a requisitos que justifiquem sua atuação e orientem seu concreto desenvolvimento²¹, não sendo possível desatrelá-lo de seu fim.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.575.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 144.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Loco citato*.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

¹⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Loco citato*.

²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

²¹ *Ibidem*, p. 133.

Outrossim, cumpre ressaltar que a atuação do Estado, que se dá por meio do exercício de funções, ocorre por *dever* de atuar no interesse alheio²², ou seja, em prol da coletividade que representa. Aqui vemos um reflexo direto do princípio da finalidade, pois as competências são atribuídas com o intuito exclusivo de atenderem à finalidade maior da Administração: o interesse público.

Quanto aos *poderes* que são concedidos aos agentes, estes servem meramente como instrumentos para que se faça possível o desempenho dos deveres que, como supramencionado, têm como primórdio a busca da satisfação dos interesses públicos. São eles, na verdade, a face reversa dos deveres²³, no sentido de que tão somente são legalmente previstos no intuito de organizar a maneira pela qual se darão as funções do Estado no cumprimento de seus deveres. Tratam-se de poderes *inerentes* à Administração, a fim de que se viabilize a sobreposição da vontade da lei à vontade individual²⁴. Na mesma senda, cumpre dizer que Medauar dispensa a combinação dos vocábulos "dever" e "poder", uma vez que entende que o termo "poder" no âmbito da atuação administrativa assumiria, também, o sentido de "obrigação de agir", não necessitando de complementação²⁵.

O poder administrativo acaba por exprimir uma prerrogativa especial de direito público que é outorgada aos agentes do Estado, os quais terão sob sua responsabilidade a execução de determinadas funções²⁶.

Os deveres-poderes, compreendidos no conceito de competência pública, devem ser exercidos na exata medida em que se façam necessários, nem a menos, nem a mais, sob pena de interferência inadequada na liberdade dos administrados. Possuem caráter instrumental, tendo seus limites previstos pelo ordenamento para que se garanta seu vínculo ao fim para o qual foram atribuídos²⁷.

Assim, são características essenciais das competências públicas, como bem ensinado por Bandeira de Mello²⁸:

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 146.

²³ *Ibidem*, p. 148.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90.

²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 133.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *opus citatum*, p. 134.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *opus citatum*, p. 149-150.

- a) O exercício obrigatório pelos agentes públicos. O que significa dizer que não cabe ao arbítrio do agente a decisão de agir em conformidade com sua competência, pois, se cumpridos os requisitos para tanto, é seu dever exercer seus poderes para a satisfação da finalidade legal;
- b) A irrenunciabilidade delas por parte de seu titular, enquanto as tiver delegadas para si;
- c) Intransferibilidade, dado que não se pode repassá-las a outra pessoa, física ou jurídica, apenas delegar seu exercício, quando for o caso;
- d) Imodificabilidade pela vontade do titular, sendo o contrário possível apenas em virtude de lei;
- e) Imprescritibilidade, significando isto que, mesmo sem a verificação de sua utilização por longo prazo, as competências atribuídas permanecerão existindo.

A partir destes aspectos, é possível inferir que as competências *impõem* ao administrador o exercício de suas prerrogativas, vedando-lhe a inércia, já que esta estaria apta a atingir os destinatários dos deveres-poderes administrativos, os administrados, no seu sentido de coletividade²⁹. Na mesma senda, imputa-se vedado aos agentes que atuem fora dos limites de sua competência, ou que se afastem do interesse público, o qual deve sempre servir como orientação para sua atividade.

2.1.3 Os servidores públicos como categoria de agentes

Uma forma de expressão da Administração são os serviços públicos, conceito este que sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo, ademais de variarem conforme a vontade do Estado. Explico: é a Administração Direta quem decide, por lei, aquelas atividades que serão consideradas serviços públicos³⁰. No contexto brasileiro, é a Constituição Federal quem as lista, em seus artigos 21 e 25.

Em que pese de responsabilidade do Estado a sua gestão, esta poderá se dar de maneira direta (por meio dos órgãos que integram os entes federados) ou indireta

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

(por concessão ou permissão, ou pelas pessoas jurídicas criadas pelo Estado com tal finalidade)³¹.

O conceito mais amplo que abrange todas aquelas pessoas físicas que prestam serviços à Administração Direta e à Indireta é o dos agentes públicos. Conforme supracitado, é por meio dos agentes que pertencem ao seu quadro que o Estado manifesta sua vontade³², sendo eles essenciais à função administrativa.

Foi a Constituição Federal de 1988, tal como previsto em seu artigo 37, que passou a contemplar neste termo também os funcionários das pessoas jurídicas de direito privado ligadas ao Poder Público. Assim, não é exigida a existência de uma relação institucional com a Administração para aqueles abarcados por este conceito³³, apenas que possuam alguma forma de vínculo.

As funções exercidas pelos agentes podem ser remuneradas ou gratuitas, definitivas ou transitórias, políticas ou jurídicas³⁴, o que, mesmo não havendo unanimidade na doutrina acerca do tema, possibilita a classificação em quatro categorias de agentes públicos: os agentes políticos, os militares, os particulares em colaboração com o Poder Público e os agentes administrativos.

Agentes políticos serão aqueles ligados ao governo e à função política. Tal função fica a cargo de órgãos governamentais ou do próprio governo, concentrando-se nas mãos do Poder Executivo e, em menor escala, do Poder Legislativo. Assim, por excelência, consideram-se agentes políticos aqueles que exercem típica atividade de governo, sendo, para isso, eleitos a assumir mandatos³⁵.

Já os militares são as pessoas físicas que prestam serviço às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios, forte nos artigos 42 e 142 da Constituição Federal. Ainda conforme previsão constitucional, as formas de ingresso e demais normas pertinentes são definidas por legislação própria, tendo sido estabelecido o regime estatutário para estes agentes.

³¹ *Ibidem*, p. 107.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 12.

³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 506.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Opus citatum*, p. 589.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 582.

Aqueles que prestam serviços ao Estado sem vínculo empregatício, podendo ser com ou sem remuneração, são chamados particulares em colaboração com o Poder Público. Assumem tais serviços por meio de delegação, requisição, nomeação, designação, ou ainda, espontaneamente. Nesta classificação estão incluídos diversos agentes, como os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os jurados, os convocados para prestação do serviço militar, dentre outros³⁶.

Por fim, os maiores representantes dos agentes públicos, e aqui merecedores de maior atenção, são os denominados agentes administrativos. Trata-se da categoria com mais integrantes, sendo que estes desempenham as mais variadas funções. Estão vinculados à Administração por uma relação permanente de trabalho e recebem remuneração correspondente a cada período trabalhado, podendo ser chamados de profissionais da função pública³⁷.

Têm, pois, por característica a profissionalidade, já que, quando no desempenho de suas funções, exercem efetiva profissão, bem como a definitividade, dado que tendem à permanência em suas funções. Ademais, verifica-se presente uma relação jurídica de trabalho, polarizada por dois sujeitos: a pessoa beneficiária (pessoa jurídica da Administração Pública) e o agente público, quem emprestará sua força de trabalho a fim de ser compensado com retribuição pecuniária³⁸.

Os agentes administrativos poderão estar enquadrados no regime estatutário - tendo sua relação de trabalho disciplinada por diplomas legais específicos, os estatutos - ou no regime celetista – quando a relação jurídica de trabalho será regulada pela CLT.

Agentes estatutários são os servidores públicos, ocupantes de cargos, com o regime estabelecido em lei por cada ente federado, sendo modificável unilateralmente, respeitados, por óbvio, os direitos já adquiridos pelo servidor. Após serem nomeados, estes servidores deverão permanecer submetidos a uma situação jurídica já previamente definida e que não poderá sofrer modificações por meio de contrato, dado que se tratam de normas de ordem pública, não sujeitas à

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 589.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 593.

³⁸ *Ibidem*, p. 596.

deliberação das partes³⁹. Verifica-se, desta forma, uma relação típica do direito público, que não é passível de enquadramento no sistema dos negócios jurídicos bilaterais do direito privado⁴⁰

Os agentes celetistas, por outro lado, ocupam empregos públicos - e, por isso, são chamados empregados públicos- e são contratados sob o regime da legislação trabalhista, esta de competência privativa da União, o que impede Estados e Municípios de dispor acerca. Frisa-se que, mesmo com tal característica, o agente celetista também se submete às normas constitucionais que preveem requisitos para a investidura, acumulação de cargos, limite para remuneração, dentre outras previsões do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal⁴¹.

Faz-se pertinente agora rapidamente distinguir os termos *cargo*, *função* e *emprego*, categorias em que se alocam os agentes administrativos.

Os primeiros, cargos, podem ser descritos como as mais simples e indivisíveis unidades de competência expressas por um agente, com número predeterminado e denominação própria⁴². Têm suas retribuições pagas por pessoas jurídicas de Direito Público, além de serem criadas por lei (com exceção de casos de serviços auxiliares do Legislativo). Os cargos são regidos pelo regime estatutário ou institucional, portanto, não contratual. Será a lei, ou, mais especificamente, o estatuto, que irá dispor da denominação do cargo, do padrão de vencimento ou remuneração, bem como irá definir suas atribuições.

Por sua vez, as funções públicas, também criadas por lei, correspondem, segundo a Constituição Federal, a atribuições de direção, chefia ou assessoramento, necessariamente exercidas por titulares de cargo efetivo e da confiança da autoridade que as preenche⁴³. Distinguem-se, portanto, dos cargos em comissão, que podem ser ocupados por indivíduos estranhos à carreira, ou seja, de fora do serviço público. Di Pietro inclui nas funções públicas aquelas funções exercidas por pessoas contratadas em caráter temporário por excepcional interesse público⁴⁴, conforme previsão do art. 37, X, da CRFB, o que possibilita uma terceira

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Opus citatum*, p. 584.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Opus citatum*, p. 599.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.584.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p 259.

⁴³ *Ibidem*, p. 260.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.591.

categoria de agentes administrativos, os servidores temporários⁴⁵. Assim, neste caso, não é necessário que a função seja atribuída a titular de cargo público, ou seja, não é exigida a aprovação em concurso público.

Pode-se referir, a fim de abranger ambos os tipos de funções, que as funções públicas possuem caráter residual, dado que se tratam das atribuições que não correspondem nem a cargo nem a emprego público⁴⁶.

Estes, os empregos públicos, por fim, são aqueles preenchidos por meio de contratos, tratando-se de núcleos de encargos de trabalhos permanentes, em que os agentes estão submetidos a uma relação trabalhista. É dizer: os empregos são unidades de atribuições que se distinguem dos cargos públicos por conta do vínculo contratual, dado que aqueles são regidos pela CLT, enquanto estes, por estatuto⁴⁷. É de se ressaltar, porém, que, embora se aplique a mesma disciplina jurídica dos contratos trabalhistas, os empregos públicos sofrem, também, inevitável influência da natureza governamental⁴⁸, mesmo que em menor proporção.

Para que preencham cargos e empregos públicos, os agentes administrativos estatutários e celetistas devem ser previamente aprovados em concurso público. Por sua própria natureza, não são necessariamente incluídas as funções públicas neste rol, dado que, como acima exposto, incluem funções temporárias, que não demandam maior vínculo com a Administração Pública.

2.2 Caracterização do desvio de função

Dentro da propriamente dita caracterização do desvio de função, apresentam-se, em maior profundidade, a noção de cargos públicos e sua forma de investidura, além dos critérios utilizados na prática para que se verifique referida prática irregular – o desvio funcional-, a qual se mostra recorrente no âmbito da Administração Pública.

2.2.1 Da necessidade de concurso público para investidura em cargo

A exigência de prévia aprovação em concurso público para que se assumam cargo ou emprego público decorre de norma constitucional, constante do art. 37, II:

⁴⁵ *Ibidem*, p. 584.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 588.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 589.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 261.

Art. 37. [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Este requisito visa a atender, em especial, aos princípios da igualdade, da moralidade administrativa⁴⁹ e da impessoalidade, no que concerne à escolha daqueles que integrarão a estrutura administrativa. Para isto, os concursos públicos devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados, de maneira a aferir as aptidões pessoais visando à seleção dos candidatos com as melhores condições para preencher determinados cargos e empregos públicos⁵⁰. Em referida aferição pessoal, o Estado irá analisar se as capacidades intelectual, física e psíquica dos interessados são compatíveis com as funções públicas ofertadas. Cumpre dizer que aqui se utiliza da palavra função pública em seu sentido amplo, como sendo o exercício de atividades de competência da Administração Pública, além das atribuições de determinado cargo ou emprego, e não o empregado no tópico anterior, no sentido de espécie de vínculo de trabalho.

Retomando, no sentido já exposto, pertinente a exposição da definição de concurso público dada por Justen Filho⁵¹:

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteador pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em emprego público. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 729)

O concurso público deve servir, então, como meio idôneo de recrutamento de servidores e empregados públicos, propiciando a todos e todas iguais oportunidades na disputa de cargos ou empregos na Administração, e, ainda, para impedir que o agente habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 324.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 628.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 729.

venha depois a ser agraciado com cargo ou emprego de natureza diversa, o que caracterizaria uma forma de fraude à razão de ser do concurso público⁵².

Por esta especificidade, o processo seletivo em comento necessariamente deve ser compatível com a natureza e a complexidade das funções atribuídas ao cargo ou ao emprego⁵³. As características e critérios do concurso público se mostram especialmente importantes na medida em que, ao se nomear alguém para um cargo, há o pressuposto de permanência da pessoa no desempenho das atribuições⁵⁴.

No momento de criação do cargo público, que só pode se dar por lei, estão pressupostas, desde logo, as funções que lhe serão atribuídas. Portanto, mais do que simplesmente estabelecer a criação de cargo de servidor público, a legislação deverá estabelecer as suas competências, poderes, deveres, condições do exercício das atividades e modo de investidura⁵⁵. Por conta disto que é possibilitada à lei, com certa limitação, a fixação de condições que delimitem o âmbito de escolha, como, por exemplo, dentre candidatos portadores de diploma de curso superior⁵⁶ que os habilite ao exercício profissional correspondente a algum cargo em específico.

Logo, é correto dizer que não se pode instituir cargos com funções indefinidas ou mesmo aleatórias, posto que a garantia ao servidor e ao Poder Público reside justamente na prévia indicação das funções a serem exercidas. Ao iniciar o exercício de seu cargo, presume-se que o servidor já saiba quais as suas atividades, as quais lhe serão designadas por seu superior hierárquico exatamente de acordo com o que houver sido previsto legalmente, dado que a lei, idealmente, terá promovido a discriminação das competências, bem como a inserção da posição jurídica no âmbito da organização administrativa, de modo a determinar as regras que constituam a identidade e distingam a posição jurídica em questão⁵⁷.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 286.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 629.

⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 326.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 725.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Opus citatum*, p. 327.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Loco citato*.

Como bem assentado pelo Ministro Mauro Campbell Marques⁵⁸, “apenas em circunstâncias excepcionais previstas em lei poderá o servidor público desempenhar atividade diversa daquela pertinente ao seu cargo”. No âmbito federal, há vedação expressa ao exercício de funções distintas daquelas previstas para o cargo. Assim dispõe a Lei 8.112/90:

Art. 117 Ao servidor é proibido: [...]
 XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
 XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

Pela letra da lei, percebe-se que ela visa a não somente refutar a transferência de responsabilidade ao servidor em desvio, mas ainda a dar a este agente a garantia de que não será responsabilizado por seu superior que, indevidamente, tenha lhe atribuído funções não inerentes a seu cargo⁵⁹. Já ao se atentar à excepcionalidade das “situações de emergência e transitórias”, importa referir que esta previsão parece servir aos casos em que o exercício de outras atividades, com a devida motivação, ocorre de maneira excepcional e transitória, com o único objetivo de assegurar a observância do princípio da continuidade do serviço público, e por isso não se considera ilegal⁶⁰.

Neste sentido, é correto afirmar que, quando é designado ao servidor público o exercício de funções que não aquelas previstas no rol de atividades do cargo em que está investido, de maneira não excepcional nem transitória, e ainda sem a devida contraprestação, resta configurado o desvio de função.

2.2.2 Verificação do desvio de função no caso concreto

Em que pese a aparente facilidade na conceituação do desvio de função, seus critérios para caracterização não se mostram bem definidos, ou, ao menos, não parecem gozar de uniformidade entre os operadores do Direito. Da análise jurisprudencial, infere-se que é preciso larga produção de prova documental e

⁵⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 37.248/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 04 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200393001&dt_publicacao=04/09/2013>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁵⁹ ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União**: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 160.

⁶⁰ ANDRADE, Marlon. **O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012, p. 137. Disponível no URL: www.direitorp.usp.br/periodicos

testemunhal para que se comprove e seja reconhecido o desvio funcional. De acordo com a Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler⁶¹, trata-se tal desvio de situação extraordinária que deve ser cabalmente provada.

Conforme entendimento atualmente aplicado no Superior Tribunal de Justiça⁶², faz-se necessária a constatação da prática **habitual e permanente** de funções típicas de cargo diverso do cargo em que o servidor esteja investido; caso contrário, deve ser afastada a alegação do desvio de função. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem utilizando os requisitos da habitualidade, bem como da comprovação do desempenho de atribuições completamente estranhas ao cargo original do servidor.

Em lide⁶³ na qual um técnico judiciário do TRE/RS requereu o reconhecimento do desvio de função para o cargo de analista judiciário com a especialidade oficial de justiça, o juiz da origem julgou improcedente o pedido, sendo o apelo do autor distribuído ao Des. Federal Rogério Favreto. Em seu voto, o julgador sustenta estar correta a sentença, dado que não considera o bastante o exercício eventual de funções estranhas ao cargo para a caracterização do desvio, fazendo-se necessária a demonstração de que permanentemente o servidor exerceu funções inerentes a outro cargo. Isto, pois o exercício eventual e esporádico de outras atividades que não a de seu cargo de origem não geraria direito à indenização.

⁶¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5079282-68.2015.4.04.7100. Relatora: Des. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 20 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000229666&versao_gproc=3&crc_gproc=b34bb898>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁶² A título exemplificativo, os seguintes julgados, todos do STJ: REsp 1.667.699/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/06/2017; AgInt no AREsp 1069694/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/12/2017; AgInt no AREsp 1.074.195/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 09/04/2018; AgInt no REsp 1.583.964/RS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desa. convocada TRF3), DJe 19/04/2016.

⁶³ EMENTA: ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. OFICIAL DE JUSTIÇA AD HOC. JUSTIÇA ELEITORAL. DESVIO NÃO RECONHECIDO. DIFERENÇAS INDEVIDAS. 1. Não basta para a caracterização do desvio o mero exercício eventual de funções estranhas ao cargo, sendo necessário que o servidor demonstre que permanentemente exerceu funções inerentes a outro cargo. O exercício eventual e esporádico de outras atividades, além daquelas expressamente previstas para o cargo do servidor, não gera direito à indenização. 2. Hipótese na qual não há prova nos autos de que a autora tenha cumprido mandados de forma permanente. Logo, segundo o entendimento majoritário que se formou no TRF4, não se chegou à conclusão de que realmente houve desvio de função, sendo, portanto, indevida qualquer indenização. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5050831-33.2015.4.04.7100. Relator: Des. Rogério Favreto, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000322520&versao_gproc=2&crc_gproc=071c72c4> Acesso em: 12 jun. 2018).

No caso concreto, o autor teria cumprido apenas 65 mandados como oficial de justiça *ad hoc* dentro de um período de quatro anos, o que não comprovou a habitualidade na realização das atividades do referido cargo. Ademais, por seu caráter eventual e sazonal, não existiria o concurso público para oficial de justiça na Justiça Eleitoral, motivo pelo qual se justificaria a convocação de servidores para prestar auxílio quando necessário. O magistrado conclui, então, que uma vez eventuais as atividades de outro cargo exercidas pelo servidor, e que não teriam prejudicado suas atividades de origem, possível a "mera adequação do serviço às necessidades do órgão". Assim, vota no sentido do desprovimento do recurso da parte autora, sendo acompanhado por seus colegas, não se reconhecendo o desvio de função. Cumpre dizer que tal posicionamento no que se refere aos oficiais de justiça *ad hoc* na Justiça Eleitoral vem se repetindo no restante do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁶⁴.

Situação peculiar se dá quando o desvio ocorre entre cargos de nível médio e superior e o servidor ou servidora em desvio possui a formação superior correspondente. Em apelo da União contra sentença que reconheceu o desvio de função entre os cargos de auxiliar de enfermagem e psicóloga, o Juiz Federal convocado, Sérgio Renato Tejada Garcia, valeu-se de tal fato para fundamentar a manutenção do *decisum*⁶⁵. Fez, ainda, uso da fundamentação lançada na sentença para dizer que, quando a Administração Pública, irregularmente, permite que servidores investidos em cargos com exigência de determinado grau de escolaridade sejam deslocados para função que demande grau de escolaridade superior, há uma contraprestação de serviço que fica em aberto.

⁶⁴ Conforme os seguintes julgados: AC 5006805-41.2015.4.04.7102, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 30/09/2016; AC 5056850-55.2015.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relator SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, juntado aos autos em 30/09/2016; AC 5056349-04.2015.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator ALCIDES VETTORAZZI, juntado aos autos em 05/02/2018; AC 5006889-42.2015.4.04.7102, TERCEIRA TURMA, Relatora GABRIELA PIETSCH SERAFIN, juntado aos autos em 27/09/2017; AC 5005145-85.2015.4.04.7110, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 08/06/2018.

⁶⁵ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. DESEMPENHO DE ATIVIDADES PRÓPRIAS DO CARGO DE PSICÓLOGA. DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. O servidor público que desempenha funções alheias ao cargo para o qual foi originalmente provido, decorrente de desvio de função, faz jus ao pagamento das diferenças salariais correspondentes ao período, sob pena de locupletamento indevido por parte da Administração Pública. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5017442-23.2016.4.04.7100. Relator: Des. Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 17 set. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9127724> Acesso em: 13 jun. 2018).

No caso em apreço, a servidora logrou comprovar por prova documental que vinha desempenhando, de forma habitual e permanente, atividades reconhecidas como de psicóloga, incluindo a coordenação técnica do serviço e orientação de estágios de Psicologia, formação a qual possuía, mesmo sendo investida em cargo de auxiliar em enfermagem, o qual não exige formação superior. Não foi outro, então, o voto do relator, senão pela manutenção do reconhecimento do desvio de função.

Pertinente ressaltar que, ao preencher quadros funcionais com servidores admitidos em cargo de ensino médio ou fundamental e os deslocar para outros que exigem ensino superior, a Administração Pública incorre em forma indevida de economia, que acaba por ferir o princípio da moralidade administrativa. Isto, pois este princípio serve tanto à imposição de padrões de conduta aos agentes públicos, do que deriva seu dever de probidade em relação à Administração, quanto ao controle da ação administrativa objetiva⁶⁶. Significa dizer, não pode emanar do Estado ou de suas pessoas jurídicas conduta que vise tirar vantagem de seus agentes ou dos administrados, já que é pressuposto que atuem com lisura e retidão na busca do interesse público.

Outrossim, conforme exposto no voto do relator, não se pode afastar a responsabilidade da Administração ao dizer que a autora teria colaborado com o desvio, já que ela estaria apenas cumprindo com as funções que lhe eram exigidas. Existe doutrina, entretanto, que discorda deste entendimento, alegando que ao cumprir a ordem de forma consensual e desempenhar atividades sem respaldo legal, o servidor em desvio de função afronta, junto ao seu superior hierárquico, os princípios da Administração, em especial o da legalidade⁶⁷.

Também é de se citar caso⁶⁸ em que uma servidora investida no cargo de auxiliar de enfermagem ajuizou ação pedindo o reconhecimento de desvio de função

⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011. p. 287.

⁶⁷ ANDRADE, Marlon. **O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012, p. 141. Disponível no URL: www.direitorp.usp.br/periodicos

⁶⁸ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO. CARACTERIZADO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM. DESEMPENHO HABITUAL DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS DO CARGO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. TERMO INICIAL. DATA DA ENTRADA EM EXERCÍCIO. PROGRESSÃO FUNCIONAL. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. REPERCUSSÃO GERAL Nº 810. [...] 2. A teor da Súmula n. 378 do STJ, "reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes". 3. Para a caracterização

para o cargo de técnico em enfermagem. Uma vez procedente a demanda, a União interpôs apelo ao TRF4, onde a lide acabou distribuída à Desa. Vânia Hack de Almeida. A magistrada, a fim de analisar a ocorrência do desvio, valeu-se do art. 13 da Lei 7.498/86 e do art. 11 do Decreto n. 94.406/87, os quais preveem as atividades do auxiliar em enfermagem, bem como do artigo 12 da referida Lei e artigo 10 deste Decreto, onde estão elencadas as funções do técnico em enfermagem. Conforme disposição legal, as atribuições do auxiliar, por exemplo, devem ser supervisionadas, enquanto fica claro que tal supervisão não ocorre com os técnicos. No voto, ainda é destacado que compete ao auxiliar de enfermagem a execução de ações de tratamento simples, cabendo ao técnico, por sua vez, executar ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do enfermeiro.

Valeu-se, ademais, de prova testemunhal produzida na instância *a quo*, onde ao menos quatro testemunhas relataram a prática reiterada de atividades de técnico por parte dos auxiliares em enfermagem, por conta do número reduzido dos primeiros no turno da noite no hospital em que trabalhava a servidora. Uma testemunha afirma, inclusive, que, em determinados setores do hospital, técnicos e auxiliares executavam exatamente as mesmas funções relacionadas à enfermagem.

Assim, a desembargadora ressalta que a vedação imposta pela Lei 8.112/90 ao exercício de outras atividades que não aquelas inerentes ao próprio cargo do servidor não teria pertinência no caso, dado que teria sido a própria Administração a não observar tal norma, incorrendo em desrespeito ao princípio da legalidade. Acaba, por fim, por manter o reconhecimento do desvio de função.

Oportuno o apontamento acerca do, já anteriormente tratado, princípio da legalidade. Mostra-se ferido este preceito dado que as atividades desviadas praticadas pela servidora não possuíam qualquer respaldo legal, não estando

do desvio de função, necessária a comprovação do efetivo e habitual desempenho pelo servidor público de atribuições de cargo diverso, estranhas ao seu cargo originário, não configurando irregularidade o exercício eventual e esporádico de atividades de outro cargo. 4. A legislação distingue as atribuições dos cargos de auxiliar de enfermagem, ao qual cabe a execução de ações de tratamento simples, e de técnico de enfermagem, responsável pelas ações assistenciais de enfermagem, exceto as privativas do cargo de enfermeiro. 5. A prova dos autos demonstrou que a parte autora, embora investida no cargo de auxiliar de enfermagem, desempenhava com habitualidade atividades que integram o plexo de atribuições legalmente reservadas aos técnicos de enfermagem, restando caracterizado o desvio de função, fazendo jus às diferenças remuneratórias pretendidas. [...] (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5006405-27.2015.4.04.7102. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000465868&versao_gproc=5&crc_gproc=7bc56156> Acesso em: 20 jun. 2018).

fixadas com a força da lei para o cargo em que a agente fora investida. Nunca demais ressaltar que é o legislador quem legitima a atuação do administrador, não sendo apenas limite de atuação, mas também sua fonte⁶⁹.

Este, pode-se dizer, tratamento diferenciado dado a alguns servidores que desempenham funções diversas daquelas as quais lhe tenham sido inicialmente atribuídas, fere também a legalidade no sentido que afronta o restante do arcabouço princípio lógico da Administração. Inicialmente, pois se impõe tratamento impessoal e isonômico tanto aos administrados quanto aos agentes da Administração. Daí, desdobra-se que o princípio da impessoalidade, no seu sentido de isonomia, é desrespeitado na medida em que servidores a quem deveria ser dispensado o mesmo tratamento - por possuírem o mesmo cargo e, em consequência, as mesmas competências -, acabam por desempenhar ofícios distintos dentro da Administração. E versa o supracitado princípio, justamente, acerca do descabimento de se tratar desigualmente quem se encontra em iguais condições⁷⁰, prática que apenas pode se dar se fundada em critério razoável e objetivamente autorizado pelo ordenamento jurídico⁷¹, o que, como já exaustivamente dito, não se dá nos casos em que reconhecido o desvio de função.

Todavia, a supracitada lide, em que é reconhecido o desvio de auxiliar para técnica em enfermagem, cargos que indubitavelmente guardam determinadas semelhanças no que concerne às atividades desempenhadas, parece destoar do entendimento do STJ no sentido de que, para que se caracterize o desvio, as funções exercidas pelo servidor devem ser de exclusividade e específicas do cargo paradigma⁷². Foi por esta razão que, sob a relatoria da Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler, a Terceira Turma do TRF4 manteve a sentença de improcedência do pedido de servidora que pleiteava o reconhecimento do desvio de função entre seu cargo de origem, técnica do seguro social, e o qual ela alegava exercer as atividades, de analista do seguro social⁷³. Para isto, fez-se consignar que as

⁶⁹ MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo**: atualizado até a lei 13.303/2016 - Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 42.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 45.

⁷¹ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011. p. 333.

⁷² Neste sentido: AgInt no AREsp 1185841/RS, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 09/05/2018 e REsp 1685830/RS, Relatora MINISTRA REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 23/11/2017.

⁷³ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO DO SEGURO SOCIAL. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CONFIGURADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no

atribuições do cargo de técnica seriam abertas, descritas de tal maneira que as atividades as quais a servidora alegava realizar em desvio poderiam pertencer mesmo ao cargo de origem, não se extraindo que seriam de exclusividade do cargo de analista (cargo paradigma). Existiriam, segundo a magistrada relatora, funções partilhadas entre ambos os cargos, e a distinção entre eles se daria fundamentalmente em relação aos requisitos para o ingresso - nível de escolaridade exigida e a aprovação em concurso público próprio.

O voto é concluído ao se afirmar que a generalidade adotada pela Administração na descrição das atividades do cargo de técnico do seguro social serve para que elas fiquem sujeitas à conveniência administrativa, gerenciando-se os recursos humanos disponíveis como melhor convir, na margem de discricionariedade que cabe à Administração, sempre visando a alcançar a maior eficiência na prestação do serviço público.

Apesar de alinhado ao entendimento adotado pelo STJ - configuração de desvio de função pela exclusividade das tarefas desempenhadas no cargo paradigma -, a fundamentação do voto relativiza, em algum nível, a premissa da prévia listagem das atribuições do cargo público ao delegar à conveniência administrativa a gerência das funções dos cargos. É preciso estar atento, neste contexto, para que certa generalidade presente na descrição dos cargos tenha limites, pois é próprio do cargo público que possua, para além da denominação própria, atribuições e responsabilidades *específicas*, todas estabelecidas em lei⁷⁴.

Por fim, naqueles casos em que há pagamento de função gratificada ao servidor por tarefa específica que venha a exercer e não constitua sua atribuição originária, não se vem reconhecendo o desvio de função. Nesta vertente, a Juíza Federal convocada Loraci Flores de Lima negou tal identificação à servidora que ocupava cargo de auxiliar em serviços diversos – limpeza e conservação e alegava

sentido de que, reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais dele decorrentes. 2. No caso, não se vislumbra que as tarefas desempenhadas pela parte autora eram, de modo permanente, exclusivas do cargo de analista do seguro social. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5001801-65.2016.4.04.7012. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000335482&versao_gproc=5&crc_gproc=8fce9727> Acesso em 15 jun. 2018).

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 477.

desempenhar a função cabível aos auxiliares judiciários⁷⁵. A juíza sustentou que, uma vez que a autora recebia função gratificada para exercer as tarefas de técnico judiciário - área judiciária como secretário de audiências, não haveria possibilidade da ocorrência de desvio de função, posto que o corolário da nomeação para função de confiança seria justamente o incremento nas responsabilidades que o servidor detinha anteriormente.

Com base no acima exposto e demais jurisprudência analisada⁷⁶, vislumbra-se correto dizer que para a caracterização do desvio de função é necessário que se verifique, no caso concreto, o exercício de funções completamente estranhas ao cargo original do servidor, de exclusividade do cargo paradigma e de maior complexidade, além de que sejam exercidas de maneira habitual e permanente. Ademais, não é outra a conclusão senão que é ilegítimo o desvio de função, consistente no exercício, pelo servidor público, de funções relativas a cargo diverso ao que ocupa efetivamente, sendo, nas palavras de Carvalho Filho⁷⁷, "uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo".

Mesmo que entendida como prática a ser eliminada do serviço público, ela se mostra muito presente na realidade administrativa. Assim, necessário que se

⁷⁵ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO CARACTERIZADO. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA. - Uma vez que a parte autora recebe Função Gratificada (FC4) para a atividade que desempenha, não há como reconhecer o alegado desvio de função. Corolário da nomeação para função de confiança é o incremento nas responsabilidades do cargo que anteriormente o servidor detinha, ou seja, o de Auxiliar Judiciário - Área de Serviços Gerais - Limpeza e Conservação, para exercer as tarefas de Técnico Judiciário - Área Judiciária como Secretário de Audiências da 1ª Vara do Trabalho de Ponta Grossa/PR. E em havendo percepção de função gratificada não há desvio de função. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5005842-55.2014.4.04.7009. Relatora: Des. Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9076081>. Acesso em: 12 jun. 2018).

⁷⁶ Alguns dos julgados analisados, todos do TRF4: AC 5006180-12.2017.4.04.7110, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 18/05/2018; AC 5006321-63.2014.4.04.7101, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 16/05/2018; AC 5004247-04.2017.4.04.7110, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 20/04/2018; AC 5000189-19.2016.4.04.7101, TERCEIRA TURMA, Relator ALCIDES VETTORAZZI, juntado aos autos em 05/02/2018; TRF4, AC 5030039-24.2016.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator ALCIDES VETTORAZZI, juntado aos autos em 05/02/2018; TRF4, APELREEX 5006495-16.2012.4.04.7110, QUARTA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 13/11/2015; AC 5058205-03.2015.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 16/05/2018.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 612.

verifiquem os direitos que eventualmente o desvio de função gere ao servidor, bem como seus possíveis efeitos.

3 O QUE DECORRE DO DESVIO DE FUNÇÃO?

Superada a questão da caracterização do desvio de função, uma vez que reconhecido, cumpre analisar os efeitos dele decorrentes. Não é correta a afirmação de que atos nulos (no caso, o desvio de função) não produzem efeitos, dado que não se cogitaria sua declaração de nulidade se não com o intuito de fulminar os efeitos já produzidos e que ainda possam vir a ser⁷⁸.

Pode-se adiantar, desde logo, que o desvio de função não se convalida, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo, sendo que há autores que entendem que a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, pois esta retrataria improbidade administrativa⁷⁹. Analisemos, então, os efeitos mais pertinentes do desvio: as pugnações dos servidores pelo reenquadramento e o pagamento das diferenças remuneratórias entre o cargo de origem e o cargo paradigma.

3.1 Questões atinentes à (im)possibilidade de reenquadramento

Não apenas a doutrina, mas também os tribunais brasileiros, apontam todos para a impossibilidade no reenquadramento do servidor em desvio de função. A fim de que se compreenda o que motiva este posicionamento, será exposta a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - em paralelo às mudanças que trouxe a Constituição Federal de 1988-, os conflitos principiológicos produzidos pelas causas e pelos reflexos do desvio, além de casos diferenciados em que, mesmo destacados por suas peculiaridades fáticas, também não é autorizado o reenquadramento.

3.1.1 *Do entendimento do STF acerca do tema*

Como já dito anteriormente, a Constituição Federal de 1988 é clara ao prever que é necessária a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Entretanto, a Constituição Federal de 1967, por força da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, possuía disposição em sentido diverso, já que, conforme dizia o art. 97, §1º, de supramencionada Emenda, o concurso público se

⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, vol. 210. ps. 25-35.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 612.

fazia necessária para a *primeira* investidura em cargo público, dando margem à alteração do cargo com a inobservância do requisito do concurso público. Tal artigo era assim redigido:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

Tal previsão autorizava o entendimento de que, após o ingresso no serviço público, independentemente de qual fosse o cargo, o servidor poderia manter sua condição, mudando de categoria funcional sem a necessidade de novo concurso público⁸⁰. Abria-se a possibilidade, pois, de investiduras subsequentes sem dita aprovação prévia, por meio dos chamados provimentos derivados, verticais ou horizontais, tais quais a ascensão, a transferência, a promoção, ou a readaptação. Estas formas de provimento⁸¹ aconteciam nos casos em verificadas habilidades e aptidões do servidor para cargo distinto, ou ainda por tempo de serviço público, sendo legalmente investido tal agente em cargo diverso do ocupava anteriormente. Cabe dizer que estas modalidades eram amplamente praticadas na Administração Pública, levando à reclassificação, com respaldo legal, de servidores, muitas vezes para cargos com remuneração consideravelmente mais elevada e atribuições completamente diversas⁸².

Com a retirada da palavra "primeira", passando à redação atual do art. 37, II, da Constituição Federal de 1988, é que se solidificou que qualquer investidura em cargo público— ou emprego - depende de concurso público. Desta forma, qualquer admissão em cargo público por pessoa estranha ao respectivo serviço ao qual se pretende investir (sendo a primeira vez ou não que o candidato intente ingressar ou haja ingressado no serviço público) necessariamente será precedida por concurso⁸³.

⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 205.

⁸¹ Provimento, nas palavras de Hely Lopes Meirelles: "(...) é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular." MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 482.

Será originário quando o servidor que for investido no cargo que se está provendo não tiver vínculo anterior com a Administração Pública e derivado quando decorrer justamente de vínculo anterior com a Administração.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 793.

⁸³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 130.

Cumpra registrar, contudo, que mesmo antes da Constituição Cidadã, o Supremo Tribunal Federal já vinha entendendo pela impossibilidade de investidura em cargos e empregos públicos sem a submissão prévia a concurso público e mesmo pela impossibilidade de convalidação da situação do servidor em desvio de função, no sentido de efetivá-lo no cargo e mesmo para lhe deferir o pagamento da diferença remuneratória correspondente⁸⁴.

Foi assim que decidiu, por exemplo, em pleito⁸⁵ julgado no ano de 1976, em que servidores públicos, investidos em cargos de natureza burocrática do Departamento de Polícia Federal, impetraram mandado de segurança contra ato do Presidente da República que não considerou as atribuições que diziam exercer de fato. Buscavam, assim, o reenquadramento em cargos com funções inerentes à atividade policial (agentes da Polícia Federal), alegando não ser lícito à Administração desconhecer o alegado desvio de função em que se encontravam. Entretanto, o relator do mandado de segurança, o Ministro Moreira Alves, expôs que o STF já havia firmado jurisprudência no sentido da não conferência nem ao menos de percepção das diferenças de vencimento nos casos de exercício de fato de funções não inerentes ao cargo de origem. Disse, ademais, que não existia nenhuma lei determinando o reenquadramento em casos com tal situação fática, sendo que a execução de atividades atribuídas a outro cargo não conferia direito algum ao servidor em desvio.

As mudanças trazidas pela Constituição de 1988, portanto, vieram apenas para consolidar o que as cortes brasileiras já vinham aplicando no sentido do não reconhecimento de reenquadramento nos casos de desvio de função. Passaram, então, as fundamentações - para decisões em que aplicado este entendimento - a se basear no art. 37, II, da CRFB, posto que incabível a investidura, a qualquer

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Rescisória nº 2240/BA, Relator Ministro Dias Toffoli, 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AR%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kqngjlr>. Acesso em: 14/06/2018.

⁸⁵ EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS. NÃO TEM O FUNCIONÁRIO, PELO EXERCÍCIO DE FATO DE FUNÇÕES QUE NÃO SÃO INERENTES AO CARGO DE QUE É TITULAR, DIREITO A SER ENQUADRADO NO CARGO A QUE PERTENCEM AQUELAS FUNÇÕES. SEGURANÇA DENEGADA. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 20081/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 01 out. 1976. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20081%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20081%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/y94gnxe>>. Acesso em: 13 jun. 2018).

tempo, em cargo público sem prévia aprovação em concurso. Aqui, ressalta-se manifestação do Ministro Dias Toffoli em julgamento de litígio⁸⁶ em que invocada legislação anterior à edição da CRFB de 1988 - e onde o desvio era verificado tanto antes quanto após este marco: "tem-se que o desvio de função é uma situação de fato que perdura no tempo, não podendo gerar efeitos jurídicos seja antes ou depois do paradigma cronológico de inauguração da nova ordem constitucional".

Aqueles acórdãos em que, quando constatada a ocorrência do desvio de função, era concedido o reenquadramento dos servidores, passaram a ser revertidos na terceira instância, sob o fundamento de que a Constituição Federal não mais restringia à primeira investidura em cargo público a exigência de aprovação em certame⁸⁷. Resultante disto o juízo de que toda a forma de provimento derivado (vertical) para cargo diverso do que detinha o servidor público (ressalvada a promoção, pois dada entre cargos da mesma carreira) passou a ser considerada inconstitucional. Desta maneira, a ascensão e a transposição de cargos públicos, por se qualificarem como investidura em carreira diversa daquela que o servidor ingressou, também são vedadas⁸⁸. Pode-se perceber um ponto de encontro entre ascensão e transposição de cargos e o desvio de função, considerando que aquelas se tratariam do reconhecimento prévio da mudança de cargo (sem aplicação a novo concurso público), enquanto este se refere ao reconhecimento *a posteriori* da prática de funções de cargo distinto.

Galgado neste entendimento, confirmado por meio de inúmeros julgados⁸⁹, que o Supremo Tribunal Federal veio a redigir a Súmula 385, que, após, viria a ser convertida na atual Súmula Vinculante 43⁹⁰, a qual possui a seguinte redação:

⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória 2240/BA. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 mai. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AR%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kqngjlr>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁸⁷ 11. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 209174. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 fev. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=242113>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 483.

⁸⁹ Por exemplo: RE nº 165.128, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ de 15/3/96; ADI nº 112, Relator Ministro Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ de 09/2/96; RE nº 163.712/PA, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 06/9/96; RE nº 428.654/BA-AgR, Relator Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, DJe de 24/5/07.

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

A partir de então, não puderam mais ser levantadas dúvidas acerca da consequência jurídica da supressão da palavra "primeira" do texto constitucional no que se refere às investiduras em cargos públicos e a obrigatoriedade de submissão ao certame público. Quedou claro que, uma vez dentro do serviço público, para serem acometidas ao servidor público novas atribuições é imprescindível a aprovação em novo concurso⁹¹, de forma que não se mostra possível a aceitação para cargo e, em um próximo momento, o seu aproveitamento como condição para que se ingresse em cargo de carreira para a qual não tenha sido aprovado especificamente o candidato⁹². Não restou, pois, margem para convalidação de desvios de função, nem a ascensão ou transformação de cargos públicos.

3.1.2 *Conflito entre interesses públicos no contexto da convalidação do desvio de função*

No sentido já exposto, por ser eivado de nulidade, a comprovação de desvio de função não gera direitos ao servidor. Como assentado por Antunes Rocha⁹³, se o contrário pudesse ser concebido como juridicamente possível, "ter-se-ia de aceitar como válido o direito nascido de vício que se contrapõe a ordenamento constitucional voltado à concretização do interesse público objetivo". Objetivo, presume-se, por seu viés de contemplar o estrito seguimento ao interesse externado na criação do cargo, que, por óbvio, visava à materialização de serviço público a ser prestado por servidor ocupante do cargo público. Aqui, é claro o preterimento do interesse individual (do servidor que busca o novo enquadramento considerada a ocorrência do desvio) em relação ao interesse coletivo, contemplado na abrangência do princípio da finalidade.

Contudo, mesmo que considerado o interesse público, pode-se suscitar conflito de princípios dentro do próprio interesse da Administração, já que, muitas

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>>. Acesso em 12 jun. 2018.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 481.

⁹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 205.

⁹³ *Ibidem*, p. 235.

vezes, o desvio de função ocorre por conta de deficiências na prestação do serviço público que são supridas com o exercício de funções por servidores incompetentes para tanto. Fica evidente, da análise jurisprudencial, que há algumas áreas que concentram servidores, enquanto determinadas outras, por vezes com maior demanda, são esvaziadas e não detêm número mínimo de agentes, sendo nítida a carência de distribuição equilibrada conforme a demanda social, característica prejudicial à satisfação eficiente do interesse público⁹⁴.

De tal forma se constrói este contexto que os princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade parecem estar em colisão com os princípios da eficiência e da continuidade de prestação do serviço público, segundo o qual este tipo de serviço apenas poderá ser paralisado ou interrompido em casos extraordinários⁹⁵. Sabe-se que, quando em conflito, deve-se realizar a ponderação entre os princípios⁹⁶, e, de acordo com o caso concreto, operar a aplicação deles em distintas extensões, sem que se exclua por completo da ordem jurídica algum dos princípios por conta de contradição irremediável com o que conflita. Incabível aqui, é preciso ressaltar, maior aprofundamento em relação à ponderação dos princípios, posto que é inerente a ela a análise factual, necessitando-se cada caso ser analisado individualmente. Faz-se, porém, o exame da questão de forma genérica, considerando os contornos gerais do desvio de função.

Assim, partindo do fato que o servidor público é detentor de qualificação específica, que diz respeito aos fins de sua atividade, ele é, também, uma peça, inserida na pessoa jurídica da qual faz parte, visando a exercer cargo voltado ao atendimento de uma demanda pública. Temos aqui a preponderância dos princípios da legalidade e da finalidade (atendimento ao interesse público). Ao se mostrar suprida tal demanda, entretanto, e se fazer necessário agente público em outro setor, que não o seu de origem, seu exercício em cargo distinto passa, em algum nível, a satisfazer o interesse público no sentido da satisfação do princípio da continuidade do serviço.

⁹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 97.

⁹⁵ MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo**: atualizado até a lei 13.303/2016 - Estatuto das Estatais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 223.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1220.

Porém, evidencia-se que não é o desvio de função o meio pelo qual se devem solucionar as questões atinentes a problemas na prestação do serviço público. Isto, pois, ademais de supremo o princípio da legalidade, acaba por se desrespeitar a isonomia, do qual é corolário o concurso público⁹⁷. Este, que é uma instrumentalização do princípio da igualdade, dado que se propõe à criação de oportunidades sociais, políticas e econômicas iguais, tem sua disputa não solucionada senão pela qualificação pessoal dos candidatos⁹⁸. Um servidor que seja investido em cargo sem que passe pelo certame é beneficiado pois já inserido no serviço público, de modo que seu trânsito entre funções ocorre de maneira facilitada, enquanto aqueles não aprovados em qualquer concurso ficam em clara desvantagem. Este benefício recebido pelo servidor, caso se permitisse a convalidação do desvio funcional, resultaria, então, em afronta à impessoalidade que deve caracterizar a escolha dos servidores públicos e servir para que se concretize a igualdade de acesso ao Estado⁹⁹.

Por isto é que é apenas a lei quem deve impor os critérios para o exercício de cargo público: para que a liberdade de os disputar esteja vinculada tão somente a atingir um fim social específico, claro e público. Não se pode privilegiar determinadas pessoas por condições subjetivas dos interessados, incluídos aí os interesses particulares daquele que, eventualmente, tenha sido responsável pelo "provimento" em novo cargo do servidor em desvio. Também em decorrência deste entendimento, como já dito, é que os são previamente expostos os pressupostos exigidos para se realizar o interesse público específico que se busca com o desempenho do cargo. É conferida apenas à lei a instrumentalização dos requisitos pertinentes, servindo de limite ao exercício da liberdade daquele que deseja ingressar no serviço público¹⁰⁰.

Para além disto, pode-se inferir que, comumente, haverá o comprometimento de ambos os cargos – de origem e paradigma – dado que o para qual foi prestado concurso público fica afastado daquele agente que é habilitado para seu exercício e o outro é exercido por quem não detém competência específica para tanto. Desta

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 732.

⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. ps. 148-151.

⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011. p. 335.

¹⁰⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Opus citatum*, ps. 160-161.

feita, justifica-se que o desvio de função seja tido como nulo e determinado o retorno do servidor ao cargo em que está regularmente investido¹⁰¹.

3.1.3 Casos peculiares: aparente readaptação funcional e servidor com o nível superior exigido pelo cargo paradigma

É de se salientar casos com peculiaridades, que à primeira vista parecem ser dignas de entendimento diverso, tais qual quando a mudança nas funções exercidas pelo servidor se dá por conta de questões de saúde. Em apelo de relatoria da Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler¹⁰², discutia-se situação em que um servidor investido no cargo de auxiliar de agropecuária passou a exercer atribuições do cargo de mecânico em decorrência de problemas de saúde que demandaram redução de seu esforço físico. A ré, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sustentou haver se dado readaptação funcional em benefício do autor, e não o alegado desvio de função. Também expôs que havia sido pago ao servidor adicional de insalubridade, dadas as atividades exercidas, conforme a ré, no cargo de *auxiliar* de mecânico.

Esta situação haveria se posto por conta de grave patologia na coluna do autor, que restringiu as atividades antes exercidas como auxiliar de agropecuária, sendo o novo cargo mais compatível com seu quadro de saúde. O juízo de origem acabou por entender, então, que haveria uma realidade complexa: um misto de desvio de função com readaptação funcional. Isto, pois o deslocamento entre os cargos havia acontecido tanto por interesse da Administração, que carecia de prestação de serviços na área mecânica, quanto do servidor, que detinha problemas de saúde.

Contudo, como bem lançado no voto do relator, a readaptação dos servidores federais resta disciplinada no art. 24 da Lei nº 8.112/90. Neste dispositivo, são

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 234.

¹⁰² EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. AUXILIAR DE AGROPECUÁRIA. DESVIO DE FUNÇÃO COMPROVADO. INDENIZAÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. readaptação. 1. A matéria atinente aos efeitos do desvio de função de servidor público já se encontra consolidada no sentido de evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública. Assim, embora não seja possível o reenquadramento do servidor, em face da exigência constitucional de concurso para provimento em cargo público, deve ser reconhecido o seu direito à reparação pecuniária correspondente às diferenças remuneratórias entre o cargo ocupado e aquele cujas funções são efetivamente desempenhadas. 2. Não há falar em readaptação quando não é efetuado o devido processo administrativo. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5051386-16.2016.4.04.7100. Relatora: Des. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000351728&versao_gproc=4&crc_gproc=f21cfd0e>. Acesso em: 20 jun. 2018).

previstos os pressupostos para a ocorrência da readaptação, quais sejam: inspeção médica que aponte a limitação, física ou mental, do servidor para que continue exercendo seu cargo de origem e semelhanças nas atribuições, remunerações e nível de escolaridade entre os cargos. O julgador, porém, não verificou no caso qualquer medida da administração que visasse a averiguar a situação posta, nem para avaliar a extensão do problema de saúde, nem para examinar a compatibilidade entre os cargos. Em vista disto, não foi reconhecida a readaptação e, mesmo reconhecido o desvio de função, tampouco foi concedido o reenquadramento do autor.

Outra circunstância diferenciada se dá em relação a cargos que exigem a comprovação de educação de nível superior. Fato é que não se pode considerar a ocupação de tais cargos por quem não detenha formação correspondente; mesmo que aquele que determine o desvio conheça o servidor e o julgue preparado para exercer determinado cargo, não se pode aceitar sua indicação se a lei estabelece o atendimento do requisito do nível superior¹⁰³. Porém, ocorrem casos, como já exposto neste trabalho, em que o servidor em desvio de função possui a graduação necessária para que se ocupe o cargo em que ocorre o desvio.

Foi o que se deu na situação fática de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁰⁴, na qual servidor investido no cargo de laboratorista, de nível médio, foi convocado a substituir uma farmacêutica-bioquímica no setor de hematologia do Hospital Universitário da Universidade Federal de Santa Catarina, por ser possuidor do título de farmacêutico com especialização em hematologia e haver deficiência na lotação deste cargo. Era, então, competente (sob a perspectiva da qualificação pessoal) para exercer o cargo para o qual foi desviado. Entretanto, mesmo aqui,

¹⁰³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p.161.

¹⁰⁴ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO CONFIGURADO. LABORATORISTA. FARMACÊUTICO-BIOQUÍMICO. DIFERENÇAS SALARIAIS. IMPOSTO DE RENDA E PSS. - O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que, reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais dele decorrentes. - Nos casos de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças de vencimentos decorrentes do exercício desviado, tem ele direito aos valores correspondentes aos padrões que, por força de progressão funcional, gradativamente se enquadraria caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não ao padrão inicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia e de enriquecimento sem causa do Estado [...]. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5003073-49.2015.4.04.7200. Relator: Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 17 mai. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8945322>. Acesso em: 18 jun. 2018).

uma vez mais, em que pese reconhecido o desvio de função, não foi conferido o reenquadramento ao servidor.

Pode-se concluir que a jurisprudência vem assim optando (na direção de não autorizar a convalidação das novas atribuições do servidor) em virtude de ser o desvio de função, em amplo grau, caracterizador de ruptura das normas constitucionais, em especial a que diz respeito ao provimento de cargo por quem tenha sido para ele aprovado e nomeado nos termos constitucionalmente definidos, inclusive quanto aos requisitos. E, ainda, como complementa Antunes Rocha¹⁰⁵, por determinar "uma situação administrativa de difícil controle até mesmo pela falta de racionalidade dos desempenhos e afronta às regras de competência". Mesmo que casos pontuais apontem para a integral boa-fé dos envolvidos ou para a aparente capacidade do servidor em desvio exercer funções distintas, foge da alçada da Administração, ao menos segundo o entendimento atual, a diferenciação destas situações.

Neste viés, resta evidente que, em qualquer situação, será inconstitucional o provimento de cargos diversos daquele para o qual o servidor prestou concurso público: para que tenha acesso a distinto cargo público, o servidor deverá, necessariamente, prestar novo concurso. Após investido em determinado cargo, mesmo reconhecido o desvio de função, deverá o servidor exercer as funções a ele inerentes e a nenhum outro.

3.2 Do direito ao recebimento de indenizações pela ocorrência do desvio de função

Conquanto não se admita o reenquadramento e, portanto, o pagamento de "parcelas vincendas" das diferenças em relação ao cargo desviado, já que o servidor - após constatado o desvio - deve retornar ao cargo de origem, fica em a ver o período anterior, onde é reconhecido o desvio e durante o qual o servidor recebeu a menos.

A fundamentação aqui, para além do já reiteradamente citado princípio da isonomia, considerando que aqueles que desempenham as mesmas funções devem

¹⁰⁵ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Opus citatum*, p.235.

ser remunerados igualmente, é na vedação ao enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

3.2.1 *O princípio da isonomia no estabelecimento da remuneração dos cargos públicos*

A retribuição pecuniária recebida pelo servidor público como contraprestação ao cargo que ocupa e ao serviço que presta é chamada, pela Constituição e pela doutrina, de remuneração¹⁰⁶. Esta percepção pecuniária pelo trabalho desempenhado à Administração se trata de direito do servidor, revestindo-se de caráter alimentar, já que associada à sua subsistência e à de sua família e dependentes¹⁰⁷.

É, então, o total dos valores recebidos pelo servidor, a qualquer título, abarcando todas as parcelas que compõem suas funções¹⁰⁸. Isto, pois a remuneração é composta pela básica, principal, e a acessória. A principal se trata do vencimento e a acessória é composta pelas vantagens funcionais, também chamadas pecuniárias¹⁰⁹. No vencimento, que é a retribuição fixada em lei pelo exercício de determinado cargo público, o valor corresponde ao indicado pelo respectivo padrão do cargo. Já as vantagens pecuniárias compreendem indenizações, gratificações e adicionais, ademais de eventuais benefícios equivalentes à seguridade social¹¹⁰. Cumpre asseverar que também são devidos ao servidor o décimo terceiro salário e o adicional de férias, forte no art. 39, §3, da Constituição Federal.

O que há de ser destacado aqui, porém, é que a remuneração está diretamente ligada à contraprestação pelo desempenho de cargo público, de qualquer natureza ou com quaisquer características que detenha¹¹¹. A cada cargo corresponde uma remuneração, mais especificamente, um vencimento. Extrai-se

¹⁰⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 145.

¹⁰⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 334.

¹⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 305.

¹⁰⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 144.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 318.

¹¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Loco citato*.

daí, portanto, que as distinções entre os vencimentos se dão justamente a fim de compensar e retribuir as particularidades de cada cargo.

Outro fator pertinente à questão é a isonomia que deve contemplar aqueles que desempenham as mesmas funções, quando no exercício de igual cargo. O princípio da isonomia, como queda claro a esta altura, não é sequer implícito, mas princípio explícito, dado que presente em todo o sistema constitucional de modo a obrigar o legislador¹¹². A máxima imposta à Administração Pública quando da edição de leis de organização do quadro de pessoal é de observar a igualdade, ou mesmo a semelhança pronunciada, entre cargos, seja dentro de um só Poder, seja em comparação a cargo de outro Poder. Sempre que se evidenciar tal igualdade, a remuneração básica (o vencimento) destes postos deverá ser igualada. É dizer: ao trabalho igual corresponde contraprestação igual¹¹³. Por isto, quando se verifica distinção remuneratória sem que seja baseada em diferenças de fatos, atribuições e condições de exercício do cargo, verifica-se, também, falta de razoabilidade e afronta à isonomia¹¹⁴.

3.2.2 O pagamento das diferenças remuneratórias aos servidores em desvio

A partir do exposto, percebe-se que, ao se negar a devida remuneração compatível com as funções desempenhadas de fato pelo servidor, cria-se uma figura de aparente ilegalidade, passível de insurgência.

Fato é que a remuneração, da mesma forma que o cargo público, deve ser instituída por lei. Na verdade, apenas lei específica pode fixar o vencimento e as possíveis vantagens do servidor, discriminando títulos, quantidades e condições¹¹⁵. Aqui, porém, cuida-se não da remuneração, mas sim da indenização pelo não recebimento da remuneração devida ao cargo exercido pelo servidor em desvio de função. Em que pese considerado nulo o desvio, o que significa que ele não deveria ter sido produzido e, portanto, não deveria produzir efeitos, a verdade é que, como já exposto, ele é ao menos passível de acarretar efeitos jurídicos¹¹⁶.

¹¹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Opus citatum*, p. 329.

¹¹³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Opus citatum*, p. 152.

¹¹⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 330.

¹¹⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 145.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, vol. 210. ps. 25-35.

Vem sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça há ao menos duas décadas, como se infere de julgado analisado¹¹⁷ em que discutida a situação funcional de assistente administrativa do Departamento Municipal de Água e Esgoto em Porto Alegre/RS que exercia, de fato, atividades de assistente social. Em sua fundamentação pelo reconhecimento ao direito do recebimento das diferenças remuneratórias por parte da servidora, o relator, Ministro Edson Vidigal, destaca que a remuneração é a contraprestação devida pela dedicação às atividades que o servidor público se submeteu. Não se poderia, portanto, desconsiderar o dever de equilíbrio, por meio de pecúnia, pelo desvio da função para a qual a servidora havia sido originalmente investida, a qual exigia atribuições e conhecimentos distintos do cargo de assistente social.

No mesmo sentido do que já entendia o Supremo Tribunal Federal, o STJ também vinha propagando entendimento pela vedação ao reenquadramento, sob pena de ferir o comando constitucional da exigibilidade de concurso público para acesso a cargos públicos. Entretanto, como exposto pelo julgador no caso em comento, tal impossibilidade não retira do servidor desviado o direito às diferenças pecuniárias decorrentes da irregularidade, sob pena de locupletamento ilícito do Estado – tema este que abordaremos adiante.

Ainda em conformidade ao entendimento favorável à condenação da Administração ao pagamento das diferenças, o Ministro Nilson Naves emitiu voto na relatoria de Agravo Regimental em Recurso Especial¹¹⁸ em que servidor público investido no cargo de coordenador do departamento administrativo da

¹¹⁷ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. RECURSO ESPECIAL. 1. A remuneração recebida pelo servidor é a contraprestação pelos serviços prestados; não se pode desconsiderar o desvio do mesmo para uma função técnica, distinta da qual foi originalmente investido, e que exige certas atribuições e conhecimentos, devendo ser equilibrado com o pagamento das diferenças salariais, sob pena de locupletamento indevido do Estado. 2. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 205.021/RS. Relator: Min. Edson Vidia. Brasília, 28 jun. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900167040&dt_publicacao=28/06/1999>. Acesso em: 10 jun. 2018).

¹¹⁸ EMENTA: Servidor público. Desvio de função (caso). Diferenças remuneratórias (direito). 1. Em não havendo controvérsia acerca da ocorrência do desvio de função – tal como admitido nas instâncias ordinárias –, é de ser reconhecido o direito do servidor público às diferenças remuneratórias, sob pena de locupletamento indevido da administração. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se negou provimento (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 683.423/RS. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, 04 dez. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401206053&dt_publicacao=04/12/2006>. Acesso em 09 jun. 2018).

Superintendência da Educação Profissional do Estado do Rio Grande do Sul exercia cargo de diretor administrativo. Requereu o servidor, então, o pagamento das diferenças entre os vencimentos, pois o cargo para o qual desviado exigia o desempenho de atribuições de cargo de nível hierárquico superior ao seu e melhor remunerado.

Em que pese comprovado o desvio, o autor teve seu pedido negado, decidindo o juiz pela improcedência do pleito. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na mesma direção, desproveu o recurso do servidor, alegando ser incabível a concessão de direitos oriundos de função que não a do cargo do qual é titular o servidor. Interposto Recurso Especial, o relator deu provimento ao pedido, reconhecendo o direito às diferenças remuneratórias, dado que o STJ já vinha, como dito, em forte orientação neste sentido. Após, agravou o Estado do Rio Grande do Sul, alegando que a questão envolveria o exame de matéria fático-probatória para a comprovação da ocorrência do desvio, o que não poderia acontecer em Corte Superior.

O Ministro Nilson Naves, porém, expôs que era indubitosa tal ocorrência à luz das provas documentais juntadas aos autos e que haviam levado à conclusão, pelo julgador de origem, que o servidor havia, de fato, exercido função diversa da de sua titularidade. Dispensando, assim, a apreciação de elementos de prova constantes dos autos, o relator adicionou que, em que pese a falta de expressa previsão legal, o direito ao pagamento das diferenças remuneratórias há muito já era admitido em via judicial, sendo sedimentada a jurisprudência do STJ neste sentido. Votou, portanto, pela manutenção do *decisum*, sendo acompanhado por seus colegas de Turma, de forma a reconhecer o direito pleiteado pelo autor.

Consolidando este entendimento, o STJ editou em 2009 a Súmula 378¹¹⁹, com a seguinte redação: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes". A partir de então, restou pacífico nesta Corte que, uma vez reconhecido o desvio de função, são devidas, a título de indenização, as parcelas relativas às diferenças remuneratórias entre os cargos¹²⁰.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 378. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula378.pdf>. Acesso em 09 jun. 2018.

¹²⁰ Julgados do STJ neste sentido: RMS 27.831/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 27/09/2011; REsp 759.802/RS, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA

Cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal já entendeu de maneira contrária a questão. Exemplo disso é o caso em que um servidor (à época, chamado funcionário público) investido no cargo de escriturário do Departamento de Estradas de Rodagem buscava o reconhecimento do desvio de função para o cargo de contador, requerendo o pagamento das diferenças dos respectivos vencimentos¹²¹. Logrou êxito em primeiro e segundo grau, recorrendo o réu ao STF, alegando a inconstitucionalidade da decisão.

Relator do Recurso Extraordinário ora analisado, o Ministro Antônio Neder referiu que o fator relevante na controvérsia seria a falta de lei prevendo o desvio e permitindo o pagamento dos vencimentos fixados para o cargo que o servidor alega exercer de fato. Ademais, disse que tal agente público teria direito apenas aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal, mesmo que tenha exercido função de outro cargo para o qual a lei tenha fixado vencimentos maiores. O Ministro demonstra, colacionando jurisprudência, que era este o entendimento da Suprema Corte Federal à época e vota, por fim, pelo provimento do recurso, de modo a não reconhecer o direito do servidor, à unanimidade da Turma.

No entanto, conforme se depreende de julgado mais recente¹²², o STF passou a decidir de maneira igual ao STJ, firmando entendimento no sentido de conferir ao servidor público o direito à percepção dos valores referentes à diferença da remuneração pelo período trabalhado em desvio de função. O Ministro Dias Toffoli -

TURMA, DJ 22/10/2009; AgRg no AREsp 188.624/GO, Relator Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/05/2013.

¹²¹ EMENTA: 1. O funcionário público só tem o direito aos vencimentos do cargo de que se tornou titular por força de investidura legal, ainda que, de fato exerça função de outro cargo para o qual a lei tenha fixado vencimentos maiores. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permite que, no caso de o funcionário exercer função diversa da que pertence ao seu cargo, seja ele remunerado pelos vencimentos do cargo de remuneração maior e para o qual foi desviado. 3. Precedentes da Corte.

4. Recurso extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedente a demanda proposta por funcionário que exerce função outra que não a do cargo de que é titular" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 81.322/SP. Relator: Min. Antonio Neder. Brasília, 31 mar. 1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176594>>. Acesso em: 13 jun. 2018.).

¹²² EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. Substituição. Cargo inexistente. Anulação de ato administrativo. Desvio de função. Direito ao recebimento da remuneração pelo período trabalhado em desvio de função. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que o servidor tem direito, na forma de indenização, à percepção dos valores referentes à diferença da remuneração pelo período trabalhado em desvio de função, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 499.898. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 ago. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2553940>>. Acesso em: 15 jun. 2018).

em lide na qual um servidor público estadual pleiteava as diferenças entre seu cargo de origem e o de oficial de justiça - assentou que as parcelas eram devidas a título de indenização, como suprarreferido, já que não cabe o recebimento efetivamente de remuneração por exercício de cargo em desvio, o que acabaria por configurar reenquadramento em cargo público.

Não há dúvidas, na esteira do que acima exposto, que ambas as Cortes de vértice possuem compreensão uníssona da questão, reconhecendo ao servidor público que comprove se encontrar, ou haver se encontrado, em desvio funcional o percebimento das parcelas relativas às diferenças entre a remuneração do seu cargo de origem e o cargo para o qual desviado.

3.2.3 O dever de pagamento das diferenças remuneratórias pela Administração sob pena de locupletamento ilícito

Comumente, o argumento utilizado pela Administração a fim de contestar os pedidos destes pagamentos é de que a remuneração seria atributo essencial e inerente ao cargo e, ao se permitir que o servidor receba o vencimento de cargo para o qual não foi devidamente investido, resultaria no mesmo que o enquadrar em novo cargo. Tal solução acabaria, segundo esta linha de pensamento, por esvaziar o sentido da norma contida no art. 37, II, da CRFB, dado que ela buscava justamente impedir que servidores investidos em determinados cargos passassem a obter vantagens de cargo público distinto daquele para o qual foram aprovados em concurso.

Todavia, queda claro que o acolhimento dos pedidos dos servidores em desvio não é equivalente à concessão de aumento de seus vencimentos, mas sim ao afastamento da hipótese de locupletamento ilícito da Administração Pública, que se beneficiaria ao exigir do servidor o exercício de funções não compatíveis com seu cargo de origem, sem, para isso, remunerá-lo devidamente¹²³. Também por isto que a jurisprudência vem admitindo o direito de o servidor receber pelo trabalho realizado durante o período de ocorrência do desvio de função: não pode haver o enriquecimento ilícito da Administração, o que se daria no caso de se aceitar que o servidor houvesse prestado tanto quanto lhe tenha sido exigido e a pessoa jurídica

¹²³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível 5003073-49.2015.4.04.7200. Relator: Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 17 mai. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8945322>. Acesso em: 18 jun. 2018.

pública deixasse de pagar a ele por isto, sendo que o equívoco seria de sua própria responsabilidade¹²⁴.

É de se frisar a proibição da Administração em manter servidor público a título gratuito. Isto, pois a relação profissional é, acima de qualquer coisa, onerosa, sendo assegurado o recebimento de remuneração em razão do seu trabalho a qualquer trabalhador, público ou não¹²⁵. Como bem pontuado pelo Ministro Edson Vidigal¹²⁶, seria cômodo e muito econômico à Administração que preenchesse seus quadros funcionais por meio de servidores, por exemplo, de nível intermediário, com remuneração correspondente, mas os incumbisse do exercício de funções técnicas, que exigem determinadas capacidades e que possuem melhor remuneração.

Foi neste sentido que o Juiz Federal convocado, Sérgio Renato Tejada Garcia, fundamentou voto pelo provimento ao pedido do pagamento das diferenças devidas entre as remunerações dos cargos de técnico ambiental e analista ambiental¹²⁷. Sustenta o julgador que quando a Administração permite que os servidores investidos em cargo que exige determinado grau de escolaridade sejam deslocados para outra função, a qual demande escolaridade superior para o exercício das atividades, a contraprestação deste serviço deve ser remunerada.

Ao se verificar que a Administração Pública praticou ou coadunou com ato administrativo inválido, daí se resulta a dedução de que ela mesma feriu a ordem jurídica. Não poderia se admitir que o agente violador de Direito se visse livre dos ônus decorrentes do ato inválido, deixando recair sobre outros as consequências

¹²⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 235.

¹²⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 144.

¹²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 205.021/RS. Relator: Min. Edson Vidia. Brasília, 28 jun. 1999. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900167040&dt_publicacao=28/06/1999>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹²⁷ EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO AMBIENTAL. DESEMPENHO DE ATIVIDADES PRÓPRIAS DE ANALISTA AMBIENTAL. DESVIO DE FUNÇÃO. OCORRÊNCIA. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. Conquanto a Constituição Federal não admita o enquadramento de servidor em cargo diverso ao da nomeação, conforme dispõe o art. 37, a jurisprudência do STF e do STJ vem entendendo reiteradamente que o servidor tem direito à indenização quando comprovado o exercício de atividade de cargo diverso daquele por ele ocupado, no valor correspondente às diferenças remuneratórias existentes entre os dois cargos, acrescidas eventuais progressões funcionais a que tenha direito. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5006859-18.2012.4.04.7100. Relator: Des. Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 19 out. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7402015>. Acesso em: 21 jun. 2018).

gravosas que decorreriam dele e locupletando-se daqueles que saem em desvantagem¹²⁸.

Sendo realizado com dinheiro público o pagamento decorrente da relação de trabalho entre Administração Pública e seu agente, como contraprestação de um serviço ou atividade pública que visa a atingir a excelência do serviço público, seu defeito incorre em imoralidade administrativa¹²⁹. Uma vez verificado o vício administrativo, para que se respeitem os princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser atribuída à Administração a responsabilidade de arcar com os custos e prejuízos que haja causado, não podendo simplesmente absorver as vantagens que tenha captado sem indenizar o onerado¹³⁰. Entendimento diverso seria, como aponta Bandeira de Mello, de falta de um mínimo de sensibilidade jurídica e rudimentos de ética social¹³¹.

Certo é que não se pode admitir que a Administração Pública tire vantagem à custa alheia, sendo direito daquele que realizou atividade em prol de serviços públicos ser indenizado, mesmo que a relação jurídica ensejadora do direito tenha se dado de maneira irregular. Isto, desde que se possa verificar a concordância do Poder Público acerca de tal relação, de forma implícita ou tácita, o que pode ser depreendido do fato de a haver de bom grado incorporado em seu proveito¹³².

3.2.4 *Considerações acerca do pagamento das indenizações: vantagens pecuniárias, progressão funcional e prescrição*

Como dito, o princípio da isonomia impõe o tratamento igual aos realmente iguais, não se confundindo a igualdade nominal com a igualdade real. Aqueles cargos de denominação igual podem ser funcionalmente desiguais, tanto por conta das condições de trabalho, quanto por funções equivalentes que podem se diferenciar pela qualidade ou pela intensidade do serviço, passando pela habilitação profissional do servidor que as realiza¹³³. Tais distinções dentro do mesmo cargo, entretanto, deverão se refletir nas vantagens pecuniárias -vide seção 3.2.1-, e não

¹²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, vol. 210. ps. 25-35.

¹²⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. p. 281.

¹³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Loco citato*.

¹³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Loco citato*.

¹³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Loco citato*.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 549.

no vencimento, este sim uniforme entre os servidores ocupantes do mesmo cargo público.

Por isto é que a jurisprudência determina o pagamento das diferenças entre o vencimento do cargo paradigma e o vencimento do cargo de origem, acrescentando a este valor aquelas vantagens que são calculadas com base no vencimento base do cargo. Deverão ser pagos, portanto, os chamados reflexos remuneratórios, bem como a gratificação natalina (décimo terceiro) e o terço constitucional de férias¹³⁴.

Ainda, é determinado o pagamento conforme a progressão funcional que o servidor faria jus ao longo dos anos de serviço público caso integrasse a categoria funcional paradigma, e não ao padrão inicial, sob pena de incidência, uma vez mais, em ofensa ao princípio constitucional da isonomia e de enriquecimento ilícito da Administração¹³⁵. Este juízo ocorre, pois, o cálculo das diferenças remuneratórias de forma a considerar o padrão inicial da carreira em desvio não se mostra suficiente para o impedimento do indevido locupletamento da Administração.

Outrossim, se adotado o padrão inicial para apuração das diferenças devidas, ficaria possibilitada a utilização, por meio de desvio de função, de servidores em final de carreira no seu cargo original, que apresentariam, pela progressão funcional, diferenças consideravelmente reduzidas, ou até mesmo inexistentes, em relação à remuneração das atividades desempenhadas de fato¹³⁶.

Este entendimento se encontra bem assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai de julgado em que se discutia a causa de servidora pública estadual que pleiteava o direito do recebimento das diferenças remuneratórias entre os cargos de professor classe A (que possui como atribuição ministrar aulas para as turmas de 1ª a 4ª séries do ensino fundamental) e professor classe B (que possui tal atribuição em relação a turmas de 5ª a 8ª séries do ensino

¹³⁴ Vide jurisprudência do TRF4: AC/RN 5058943-25.2014.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relator EDUARDO GOMES PHILIPPSEN, juntado aos autos em 14/08/17 e AC 5046072-06.2013.4.04.7000, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 20/07/17.

¹³⁵ BRASIL, Tribunal Regional da 4ª Região, AC 5007218-60.2015.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 18/05/17 Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8945022. Acesso em 20/06/18.

¹³⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5002366-26.2016.4.04.7110. Relatora: Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 18 out. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9171490>. Acesso em 20 jun. 2018.

fundamental)¹³⁷. Concedido o pedido principal da autora em primeira instância e assim mantido em segundo grau, interpôs recurso ao STJ para que tivesse o reconhecimento à progressão dos padrões considerando classes diversas.

Contextualiza a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do voto, que a progressão do servidor faz com que ele percorra um caminho funcional, permanecendo no mesmo cargo, mas tendo uma melhoria materializada em aumento do vencimento. Posto que cada classe funcional é dividida em vários padrões, o servidor tem direito à progressão dentro deles, o que refletirá seu crescimento funcional na carreira. A magistrada explica que em caso de desvio de função, inclusos nas diferenças vencimentais decorrentes do desvio, devem estar os valores que correspondam aos padrões que, por conta da progressão funcional, o servidor gradativamente seria enquadrado caso fosse efetivamente ocupante de cargo daquela classe. No caso concreto, decidiu-se por não aplicar os valores devidos ao padrão inicial, mas sim os critérios previstos na legislação aplicável ao cargo paradigma, professor classe B, para a progressão funcional em padrões.

Logo, para efeitos de cálculo, deve ser considerada a progressão funcional que teria direito o servidor em desvio, caso ocupante legítimo do cargo para o qual desviado, e ainda o acréscimo das vantagens pessoais cabíveis ao servidor, e que tenham por base o vencimento do cargo público.

Por fim, no que concerne à prescrição, cabe apontar que o Decreto nº 20.910/32 dispõe em seu artigo 1º:

¹³⁷ EMENTA: RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROFESSOR DESVIO DE FUNÇÃO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRECEDENTES. ARTS 6º E 472 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356/STF. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 458, II, E 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. DIFERENÇAS VENCIMENTAIS DE ACORDO COM O PADRÃO QUE SE ENQUADRARIA O SERVIDOR SE FOSSE OCUPANTE DO CARGO DE PROFESSOR CLASSE B. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. [...] 4. Nos casos de desvio de função, conquanto não tenha o servidor direito à promoção para outra classe da carreira, mas apenas às diferenças vencimentais decorrentes do exercício desviado, tem ele direito aos valores correspondentes aos padrões que, por força de progressão funcional, gradativamente se enquadraria caso efetivamente fosse servidor daquela classe, e não ao padrão inicial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia e de enriquecimento sem causa do Estado. 5. Recurso especial de Leonilda Silva de Sousa provido e recurso especial do Estado do Amapá conhecido em parte e improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.091.539/AP. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 30 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802161869&dt_publicacao=30/03/2009>. Acesso em: 13 jun. 2018).

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Deve ser afastada, pois, a norma geral da prescrição do Código Civil, sendo regida a situação pela supracitada norma especial¹³⁸. Ainda, a prescrição pode ser interrompida apenas uma vez, recomeçando o prazo a correr pela metade. Contudo, deve ser suspensa enquanto a Administração permanecer estudando a reclamação ou recurso do servidor¹³⁹.

O entendimento atualmente adotado¹⁴⁰ é que, dado que o desvio de função e o pagamento de parcelas remuneratórias são relações de trato sucessivo, vencíveis mês a mês, estas regras devem ser aplicadas em consonância à Súmula 85 do STJ¹⁴¹, a qual prevê o seguinte:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Pode-se afirmar, então, que, se verificada no caso concreto, deverá ser respeitado o prazo quinquenal da prescrição, considerando-se prescritas apenas as parcelas anteriores a cinco anos, contados a partir do ajuizamento da ação pelo servidor ou do primeiro administrativo de insurgência ao desvio de função.

¹³⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5058943-25.2014.4.04.7100. Relator: Des. Eduardo Gomes Philippsen. Porto Alegre, 09 ago. 2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9071620>. Acesso em: 21 jun. 2018.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 551.

¹⁴⁰ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5010104-94.2013.4.04.7102. Relatora: Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 01 fev. 2017. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8781007>. Acesso em: 21 jun. 2018.

¹⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 85. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula85.pdf>. Acesso em 21 jun. 2018.

4 CONCLUSÃO

O dever de estrito respeito à legalidade que recai sob a Administração Pública emana de norma constitucional, donde estão previstos ainda outros princípios administrativos, a dizer, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Destaca-se, entretanto, o da legalidade por ser basilar para a construção do Estado de Direito tal como o conhecemos, já que implica na máxima de que a atividade do administrador apenas pode se considerar legítima se condizente com o que dispõe a lei.

Decorrente de tal princípio, verifica-se a existência de outro mais: o da finalidade, que diz com a aplicação da lei de acordo com o objetivo por que editada. Sob pena de nulidade do ato que incorrer em desvio de finalidade, a atividade administrativa deve estar sempre atrelada ao interesse público, não se vinculando a eventuais conveniências particulares daqueles envolvidos na estrutura da Administração Pública.

Ambos os princípios citados devem estar refletidos nas atividades desempenhadas pelos agentes públicos, posto que estes são tidos como veículos de expressão do Estado, concretizando as atribuições dele esperadas e a ele imputando suas ações. Estas atividades são distribuídas pelas chamadas competências públicas, compreendidas como os deveres-poderes delegados àqueles que integram a estrutura da Administração visando a satisfazer determinadas finalidades previstas por lei. Elas impõem, então, ao administrador o exercício de suas prerrogativas, sendo vedado aos agentes públicos que atuem fora dos limites de sua competência, ou ainda que se afastem do interesse público, o qual deve sempre servir como orientação para sua atividade.

Dentre os agentes públicos, encontra-se a sua mais importante categoria, a dos agentes administrativos, nela compreendidos os empregados públicos, regidos pela CLT, e os servidores públicos, regidos por estatutos. São eles os profissionais da função pública. Aqui, os servidores públicos são os que guardam maior pertinência, pois ocupantes de cargos públicos. Tendo seu regime estabelecido em lei por cada ente federado, após nomeados sua situação jurídica deverá permanecer conforme previamente definida, não sendo passível de modificações por meio de contrato, dado que se tratam de normas de ordem pública, não sujeitas à deliberação das partes.

Cargos públicos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência expressas pelo servidor, tendo apenas a lei como origem da disposição acerca de sua denominação, do padrão de vencimento, bem como da definição de suas atribuições. Para que seja possível a investidura em cargo, de acordo com a Constituição Federal, faz-se necessária a prévia aprovação em concurso público. Este, deve dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados, de maneira a aferir as aptidões pessoais visando à seleção dos candidatos com as melhores condições para preencher determinados cargos. É, idealmente, um meio idôneo de recrutamento de servidores públicos, propiciando a todos e todas iguais oportunidades na disputa de cargos na Administração,

Como dito, no momento de criação do cargo público as suas funções já lhe serão atribuídas. Portanto, mais do que simplesmente estabelecer a criação de cargo de servidor público, a legislação deverá estabelecer as suas competências, poderes, deveres, condições do exercício das atividades e modo de investidura. Após sua investidura, somente em circunstâncias excepcionais previstas em lei será dado ao servidor público desempenhar atividade diversa daquela pertinente ao seu cargo. Nesta esteira, é certo dizer que, quando é designado ao servidor público o exercício de funções que não aquelas previstas no rol de atividades do cargo em que está investido, de maneira não excepcional nem transitória, e ainda sem a devida contraprestação, resta configurado o desvio de função.

Da análise da jurisprudência pátria, parece correto afirmar que para a caracterização do desvio de função é necessário que se verifique, no caso concreto, o exercício de funções completamente estranhas ao cargo original do servidor, de exclusividade do cargo paradigma e de maior complexidade, além de que sejam exercidas de maneira habitual e permanente. Ainda que compreendida como prática a ser eliminada do serviço público, o desvio de função se mostra muito presente na realidade administrativa, discutindo-se, assim, seus eventuais efeitos sobre servidor e Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já possuem entendimento de que, conforme norma constitucional, uma vez dentro do serviço público, para serem acometidas ao servidor público novas atribuições é imprescindível a aprovação em novo concurso, não se mostra possível a aceitação para cargo e, em um próximo momento, o seu aproveitamento como condição para

que se ingresse em cargo de carreira para a qual não tenha sido aprovado especificamente o candidato. Não há, desta maneira, margem para a convalidação de desvios de função, no sentido da impossibilidade do reenquadramento do servidor público em desvio.

Este entendimento coloca à prova determinados interesses da Administração, fazendo com que entrem em conflito com os demais interesses públicos. Isto ocorre, pois, o desvio de função, na prática, muitas vezes se dá com o intuito de suprir carências de pessoal da Administração em serviços de relevância, de forma que o desvio acaba servindo para que se dê cumprimento aos princípios da eficiência e da continuidade de prestação do serviço público. Acaba, entretanto, desrespeitando os princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade administrativa. Extrai-se, assim, que não é o desvio de função o meio correto a ser utilizado para solucionar as questões atinentes a problemas na prestação do serviço público, não se justificando a sua ocorrência.

É apenas a lei que deve impor os critérios para o exercício de cargo público, de modo que a liberdade de os disputar esteja vinculada tão somente a atingir um fim social específico, claro e público. Não se pode privilegiar determinadas pessoas por condições subjetivas dos interessados, incluídos aí os interesses particulares daquele que, eventualmente, tenha sido responsável pelo provimento em novo cargo do servidor em desvio.

Entende-se que a jurisprudência vem optando por não autorizar a convalidação das novas atribuições do servidor em virtude de ser o desvio de função, em amplo grau, caracterizador de ruptura das normas constitucionais, em especial a que diz respeito ao provimento de cargo por quem tenha sido para ele aprovado e nomeado nos termos constitucionalmente definidos, inclusive quanto aos requisitos. É, ademais, uma situação administrativa de difícil controle por conta da falta de sistematização dos desempenhos e afronta às regras de competência.

Fica evidente que, pouco importando situação, será inconstitucional o provimento de cargos diversos daquele para o qual o servidor prestou concurso público, devendo ele necessariamente prestar novo concurso para que tenha acesso a distinto cargo público. Após investido em determinado cargo, mesmo reconhecido o desvio de função, deverá o servidor público exercer as funções a ele inerentes e a nenhum outro.

Quanto à remuneração dos servidores públicos, é certo que deverá ser imposta a isonomia quando do seu estabelecimento, devendo ser igualda a contraprestação devida àqueles com trabalho igual. Daí, retira-se o entendimento de que, uma vez verificada a diferenciação remuneratória sem que seja baseada em diferenças de fatos, atribuições e condições de exercício do cargo, verifica-se, também, falta de razoabilidade e afronta à isonomia.

Por isto, deve ser reconhecido ao servidor público que comprove se encontrar, ou haver se encontrado, em desvio funcional o percebimento das parcelas relativas às diferenças entre a remuneração do seu cargo de origem e o cargo para o qual desviado. Não é correto que se permita o enriquecimento ilícito da Administração, aceitando-se que o servidor que tenha prestado tanto quanto lhe haja sido exigido deixe de receber por isto, sendo que a responsabilidade pelo equívoco partiria da própria Administração.

Caso se verifique que a Administração Pública praticou ato administrativo inválido, no caso, o desvio de função, daí resulta que ela mesma feriu a ordem jurídica. Não se pode admitir que o agente violador de Direito se veja livre dos ônus decorrentes do ato inválido, deixando recair sobre outros as consequências gravosas que decorreriam dele, locupletando-se daqueles que saem em desvantagem.

Na linha exposta, não pode ser outra a derradeira conclusão de que, no contexto administrativo e judicial brasileiro, resta vedada a possibilidade de reenquadramento dos servidores em desvio de função, sob pena de ferir o comando constitucional da exigibilidade de concurso público para acesso a cargos. Porém, tal impossibilidade não retira do servidor desviado o direito às diferenças pecuniárias decorrentes da irregularidade, a título de indenização, sob pena de locupletamento ilícito do Estado, ainda que considerado que a relação jurídica ensejadora do direito tenha se dado de maneira irregular.

REFERÊNCIAS

1. ANDRADE, Marlon. **O desvio ilegal de função de servidor público titular de cargo efetivo e a possibilidade de sua caracterização como ato de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Público, vol. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <www.direitorp.usp.br/periodicos> Acesso em: 08 jun. 2018.
2. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 85. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula85.pdf>. Acesso em 21 jun. 2018.
3. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 378. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula378.pdf>. Acesso em 09 jun. 2018.
4. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 205.021/RS. Relator: Min. Edson Vidia. Brasília, 28 jun. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900167040&dt_publicacao=28/06/1999>. Acesso em: 10 jun. 2018.
5. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 683.423/RS. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília, 04 dez. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401206053&dt_publicacao=04/12/2006>. Acesso em 09 jun. 2018.
6. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.091.539/AP. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 30 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802161869&dt_publicacao=30/03/2009>. Acesso em: 13 jun. 2018.
7. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 37.248/SP. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 04 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200393001&dt_publicacao=04/09/2013>. Acesso em: 07 jun. 2018.
8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>>. Acesso em 12 jun. 2018.
9. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 20081/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 01 out. 1976. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20081%2ENUM%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20081%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y94gnxe>>. Acesso em: 13 jun. 2018.
10. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 81.322/SP. Relator: Min. Antonio Neder. Brasília, 31 mar. 1981. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176594>>.
Acesso em: 13 jun. 2018.

11. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 209174. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 fev. 1998. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=242113>>.
Acesso em: 14 jun. 2018.
12. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória 2240/BA. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 02 mai. 2012. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AR%24%2ESCLA%2E+E+2240%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kqngjlr>>. Acesso em: 14 jun. 2018.
13. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 499.898. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 15 ago. 2012. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2553940>>.
Acesso em: 15 jun. 2018.
14. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5006859-18.2012.4.04.7100. Relator: Des. Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 19 out. 2016. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7402015>. Acesso em: 21 jun. 2018.
15. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5010104-94.2013.4.04.7102. Relatora: Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 01 fev. 2017. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8781007>. Acesso em: 21 jun. 2018.
16. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5003073-49.2015.4.04.7200. Relator: Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 17 mai. 2017. Disponível em:
<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8945322>. Acesso em: 18 jun. 2018.
17. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5007218-60.2015.4.04.7100. Relator: Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 17 mai. 2017. Disponível em:
<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8945022>. Acesso em: 20 jun. 2018.
18. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5058943-25.2014.4.04.7100. Relator: Des. Eduardo Gomes Philippsen. Porto Alegre, 09 ago. 2017. Disponível em:
<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9071620>. Acesso em: 21 jun. 2018.

19. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5005842-55.2014.4.04.7009. Relatora: Des. Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9076081>. Acesso em: 12 jun. 2018.
20. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5017442-23.2016.4.04.7100. Relator: Des. Sérgio Renato Tejada Garcia. Porto Alegre, 17 set. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9127724> Acesso em: 13 jun. 2018.
21. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5002366-26.2016.4.04.7110. Relatora: Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 18 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9171490>. Acesso em 20 jun. 2018.
22. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5079282-68.2015.4.04.7100. Relatora: Des. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 20 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000229666&versao_gproc=3&crc_gproc=b34bb898>. Acesso em: 12 jun. 2018.
23. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5050831-33.2015.4.04.7100. Relator: Des. Rogério Favreto, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000322520&versao_gproc=2&crc_gproc=071c72c4> Acesso em: 12 jun. 2018.
24. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5001801-65.2016.4.04.7012. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000335482&versao_gproc=5&crc_gproc=8fce9727> Acesso em 15 jun. 2018.
25. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5051386-16.2016.4.04.7100. Relatora: Des. Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000351728&versao_gproc=4&crc_gproc=f21cfd0e>. Acesso em: 20 jun. 2018.
26. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 5006405-27.2015.4.04.7102. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000351728&versao_gproc=4&crc_gproc=f21cfd0e> Acesso em 15 jun. 2018.

oc=40000465868&versao_gproc=5&crc_gproc=7bc56156> Acesso em: 20 jun. 2018.

27. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
28. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
29. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**: 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
30. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
31. MADEIRA, José Maria Pinheiro Madeira. **Servidor Público na Atualidade**. 9ª ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
32. MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo: atualizado até a lei 13.303/2016 - Estatuto das Estatais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
33. MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
34. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.
35. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, vol. 210. ps. 25-35.
36. MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2011.
37. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
38. ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
39. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
40. RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.